

**TENDENCIAS  
ACTUALES  
DE INVESTIGACIÓN  
EN DERECHO:  
RETOS Y  
PARADIGMAS**



# **TENDENCIAS ACTUALES DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO: RETOS Y PARADIGMAS**

## **Compilador**

Ph.D. Luis Fernando Garcés Giraldo  
Vicerrector de Investigación – Sede Medellín

## **Coordinación Editorial**

Mg. Jovany Sepúlveda Aguirre  
Director Editorial y de Publicaciones – Sede Medellín

Libro resultado de investigación a partir de la actividad colaborativa y de cohesión entre los grupos de investigación de la Corporación Universitaria Americana y diferentes grupos de investigación del ámbito nacional e internacional.

340.7  
C822

Corporación Universitaria Americana. (2018). Tendencias actuales de investigación en derecho: retos y paradigmas. Luis Fernando Garcés Giraldo (Comp.). Medellín: Sello Editorial Coruniamericana.

189 Páginas: 16X23 cm.  
ISBN: 978-958-56689-6-6

1. DERECHO - 2. INVESTIGACIÓN - 3. DERECHO A LA SALUD - 4. DEMOCRACIA - 5. ESTADO SOCIAL DE DERECHO - 6. MOVIMIENTOS SOCIALES - 7. VIRTUDES.

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA AMERICANA-CO /SPA /RDA  
SCDD 21 /CUTTER - SANBORN

Corporación Universitaria Americana©  
Sello Editorial Coruniamericana©  
ISBN: 978-958-56689-6-6

## **Corporación Universitaria Americana**

### **Presidente**

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

### **Rectora Nacional**

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

### **Rector Sede Medellín**

ALBERT CORREDOR GÓMEZ

### **Vicerrector General Sede Medellín**

CAMILO ANDRÉS ECHEVERRI GUTIÉRREZ

### **Vicerrector Académico Sede Medellín**

DANY ESTEBAN GALLEGUO QUICENO

### **Vicerrector de Investigación Sede Medellín**

LUIS FERNANDO GARCÉS GIRALDO

### **Director de Publicaciones Sede Medellín**

JOVANY SEPULVEDA AGUIRRE

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

### **Diagramación y carátula:**

EDUARDO A. MURILLO PALACIO

1ª edición: Octubre de 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

## **PARES EVALUADORES**

---

### **MSc. Ruben Walter Huaranga Soto**

Abogado de la Universidad de Huanuco – Perú. Magister en Derecho con especialidad en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán – Perú. Magister en Educacion, con Especialidad en Gestion y Planeamiento Educativo de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán – Perú.

### **MSc. Juan Esteban Alzate Ortíz**

Abogado de la Universidad de Medellín. Magister en Derecho y Doctorante en el mismo programa de la Universidad Externado de Colombia. Investigador Junior Clasificado en el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, competitividad e Innovación de Colombia.

## CONTENIDO

---

10

La virtud, las acciones, las emociones en Aristóteles y sus implicaciones en la vida social y de comunidad

*Luis Fernando Garcés Giraldo*

*José Antonio Ortega Carrillo*

*Jovany Sepúlveda Aguirre*

*Dany Esteban Gallego Quiceno*

*Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez*

*Albert Corredor Gómez*

29

Movimientos sociales de víctimas frente a la construcción de políticas públicas con enfoque de género en contextos de violencia

*Karina Inés Lopera Graciano*

*Juan Carlos Cardona Londoño*

56

De la atención de urgencias en salud en Colombia

*Carlos Arturo Ruiz*

*Jaime León Gañán Echavarría*

90

Democracia en Schmitt y Kelsen: Igualdad y Libertad

*Manuel José Gómez Restrepo*

*David Jiménez Mejía*

*Adriana Patricia Arboleda López*

109

El antagonismo entre las nuevas lógicas del desarrollo y las consignas del Estado Social de Derecho

*Mateo Jaramillo Gallego*

*Albert Yordano Corredor Bustamante*

*Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez*

141

Aspectos teóricos de la Justicia Transicional: una mirada crítica para su aplicación en México

*Filiberto Eduardo R. Manrique Molina*

*Omar Huertas Díaz*

*Luis Fernando Garcés Giraldo*

*Waldina Gómez Carmona*

*Christian Benítez Núñez*

170

El “Modelo de justicia penal internacional de Núremberg” aplicado al caso de Costa de Marfil

*Yenifer Yiseth Suárez Díaz*

*Cristian Daniel Sierra Gómez*

# **PRESENTACIÓN**

---



# La virtud, las acciones, las emociones en Aristóteles y sus implicaciones en la vida social y de comunidad<sup>1</sup>

Luis Fernando Garcés Giraldo<sup>2</sup>; José Antonio Ortega Carrillo<sup>3</sup>,  
Jovany Sepúlveda Aguirre<sup>4</sup>; Dany Esteban Gallego Quiceno<sup>5</sup>;  
Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez<sup>6</sup>; Albert Corredor Gómez<sup>7</sup>

## Resumen

El entendimiento aristotélico de la naturaleza humana y de las emociones, es el punto a partir del cual se cambia la concepción acerca de la virtud y de las acciones, siendo estas últimas -relacionadas con las pasiones- las que nos hacen capaces de realizar los mejores actos y que nos disponen lo mejor posible a un mejor bien u obrar que esté acorde con la recta razón. Asimismo, las emociones tienen implicaciones para la vida social y en comunidad, en tanto

---

1 Capítulo realizado a partir de la estancia posdoctoral en Humanidades, Educación y Tecnología Educativa, realizada en el Grupo de Investigación TEIS de la Universidad de Granada – España bajo la dirección del Profesor Catedrático José Antonio Ortega Carrillo.

2 Posdoctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Posdoctorante en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana. Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Vicerrector de Investigación y Docente Investigador adscrito al Grupo de Investigación Low and Sciences de la Corporación Universitaria Americana.

3 Catedrático de Tecnología Educativa. Director del Grupo Internacional de Investigación “Tecnología Educativa e Investigación Social” (TEIS), Director de las Redes Iberoamericanas EduSOC y Uni-Virtual-Inclusiva.org y de la Revista Eticanet.org. E-mail: jaorte@ugr.es  
Universidad de Granada. Departamento de Didáctica y Organización Escolar. Universidad de Granada, España.

4 Magíster de Gestión de la Innovación Tecnológica, Cooperación y Desarrollo Regional del Instituto Tecnológico Metropolitano. Docente Investigador e integrante del grupo de investigación AGLAIA de la Corporación Universitaria Americana. E-mail: jasepulveda.edu.co. ORCID: 0000-0002-1047-6673. Scopus Author ID: 5719450528.

5 Licenciado en Matemáticas y Física, Máster en Investigación en Ciencias Experimentales y Matemáticas, Magíster en Educación, Doctorando en Ciencias de la Educación, líder del grupo de investigación AGLAIA y Vicerrector Académico de la Corporación Universitaria Americana, E-mail: dgallego@coruniamericana.edu.co. ORCID 0000-0002-2939-2154

6 Vicerrector General Corporación Universitaria Americana, Docente Investigador adscrito al Grupo de investigación GISELA. Orcid.org/0000-0003-0667-0913. E-mail: cecheverri@americana.edu.co

7 Rector de la Corporación Universitaria Americana Sede Medellín. Investigador asociado al Grupo de investigación GISELA de la misma Institución. E-mail: alcorredor@coruniamericana.edu.co

que la naturaleza misma de las emociones está relacionada con las acciones que se realizan en determinadas situaciones, siendo estas instintivas o totalmente cognitivas, pero que en definitiva guardan relación con la virtud y los modos de actuar.

**Palabras clave:** emociones, virtud, acciones, Aristóteles.

## Introducción

Las emociones son mecanismos de reacción rápida en situaciones impensadas y se manifiestan de manera automática, además son fenómenos inesperados que pueden derivarse en situaciones más simples. Pero si hablamos de reacciones inesperadas, debemos decir que además de ello, también son reacciones instintivas y de naturaleza altamente cognitiva, como lo afirmaba Aristóteles, y dependen de la manera como interpretamos las emociones, como si fueran el comportamiento y los motivos de los otros para tener determinadas reacciones, en momentos de acciones y reacciones imprevisibles (Konstan, 2004, p. 48). Algunos autores describen las emociones como aquellos fenómenos complejos y con reacciones multifactoriales, que ejercen una influencia en el comportamiento de las personas, pudiéndose llegar a posibilitar la adaptación de estos con su entorno (Castaño, 2017, p. 3).

Además, las emociones nos alertan sobre aquellas situaciones que nos importan y nos informan por qué importan. No siempre estas son consideradas como grados de irracionalidad o como estados subjetivos en los seres humanos, se deben de entender como portadoras de significados dependientes de consideraciones sociales y culturales y, además, pueden definir los momentos y las circunstancias en que se experimentan cada una de ellas y el grado de intensidad con el que se presentan, son creadas y sostenidas a partir de interacciones intersubjetivas y relaciones sociales (Rodríguez, 2008, p. 148). Para Lacunza “las emociones pueden ser consideradas eventos momentáneos, bruscos, incontrolables, irracionales e incomprensibles [...] se manifiestan mediante síndromes corporales que han llevado a distintos científicos a estudiar su papel en la evolución del hombre” (2004, p. 1).

De acuerdo con López las emociones son “fuerzas ciegas, animales, irracionales, divorciadas de la cognición y del juicio, están vinculadas con las teorías

fisiológicas que concebían las emociones como meras sensaciones, experiencias de cambios fisiológicos sin complejidad o contenido conceptual” (2015, p.83).

Cáceres (2016), habla de las sensaciones:

En el examen de la naturaleza como medio para la aprehensión de lo real, Aristóteles indica que las sensaciones comportan una utilidad, es decir, les sirven a los hombres para algo: para guiarse en un camino, para saber quién habla o qué se está escuchando, para conocer la salubridad de algún alimento, para determinar la textura de alguna cosa, para ubicarse en el mundo, en suma, para seguir con vida. Sin embargo, ese apego y ese amor a las sensaciones no se da por utilidad que tienen, sino por sí mismas. Según lo apuntado, al hombre no le interesa tanto situarse en el mundo que le procuran las sensaciones, sino saber que las tiene, que cuenta con ellas. (p.164).

Por tanto, las emociones ejercen una influencia en el pensamiento o sobre los juicios que se realizan sobre objetos que nos interesen o situaciones específicas donde se involucran las personas. De la misma manera, Belli, Harré e Iñiguez (2010, p.3) consideran que las emociones:

Corresponden a experiencias corporales naturales que las personas recubren de lenguaje para expresarlas, siendo considerada esa expresión como irracional y subjetiva. Es decir, primero sentimos en el cuerpo lo que más tarde sale por nuestras bocas en forma de un discurso que, en cierto modo, se opone a la razón. De las emociones también se dice que se gestan en el inconsciente y no en la voluntad, que son más espontáneas que artificiales, que son más sentidas que pesadas.

Se puede afirmar que el error de identificar las emociones únicamente con el ingrediente fisiológico, por lo general conduce a desconocer y empobrecer las importantes diferencias y variantes con los que se manifiestan estas, manifestaciones rudimentarias como el gruñido o el gemido no necesariamente son emociones, estas pueden ser sumamente refinadas, sutiles, sensibles y contundentes, verbalizadas y también poéticas (López, 2015, p.84).

## Relación entre la virtud, las emociones y las acciones

Para Aristóteles, las virtudes y las acciones, se anudan en el centro del problema, que es vital para esta investigación como son las emociones, cuyas implicaciones son de suma importancia para la vida social y de comunidad. Es importante realizar, a partir de lo dicho, una teoría de la acción racional, para poder entender y relacionarse en una teoría que nos ayude a comprender el pensamiento social contemporáneo. El Estagirita se ocupó de reflexionar sobre el tema de las emociones<sup>8</sup> en muchas de sus obras, sentando las bases para lo que hoy se ha estudiado en este tema y el avance que se ha tenido en la psicología en lo relacionado con la inteligencia emocional. Aristóteles comienza el Libro III de su *Ética a Nicómaco*, indicando la relación que existe entre la virtud, las emociones y las acciones, de la siguiente manera:

Dado que la virtud se refiere a pasiones y acciones y que, mientras las voluntarias son objeto de alabanzas o reproches, las involuntarias lo son de indulgencia, y, a veces, de compasión, es, quizá, necesario, para los que reflexionan sobre la virtud, definir lo voluntario y lo involuntario, y es también útil para los legisladores, con vistas a los honores y castigos (Aristóteles, 2010a, p.72).

Para hablar de lo voluntario y lo involuntario, primero nos ocuparemos de definir las acciones. Estas, según Aristóteles, se producen en el alma y el alma es lo que distingue al viviente del resto de los seres vivos. Es también, para el Estagirita, la fuente de las mejores acciones y pasiones (2011a, p.40-41). “Es un modo de ser que nos hace capaces de realizar los mejores actos y que nos dispone lo mejor posible a un mejor bien u obrar, que está acorde con la recta razón (Aristóteles, 2011a, p.46-47). Es por ello que “aquellas acciones que uno tiene en su poder hacerlas o no hacerlas, y aun aquellas que realiza sin desearlas, las realiza voluntariamente y no por fuerza (Aristóteles, 2011a, p.57)”. Para el Estagirita:

En las acciones hay también exceso y defecto, y término medio. Ahora, la virtud tiene que ver con pasiones y acciones, en las cuales el exceso y el defecto yerran y son censurados, mientras que el término medio es elogiado y acierta; y ambas cosas son propias de la virtud.

8 En varias de las traducciones que se han hecho de la obra de Aristóteles se usa el término “pasiones” como sinónimo de “emociones”.

La virtud, entonces, es un término medio o, al menos, tiende al medio. El exceso y el defecto pertenecen al vicio, pero el término medio, a la virtud (2010a, p.62).

Se dice en la *Ética Eudemia* que

por eso es evidente que las acciones de las cuales el hombre es el principio y dueño pueden suceder o no, y que de él depende que se produzcan, o no al menos aquellas de cuya existencia o no es soberano. Así, de cuantas cosas está en su poder hacerlas o no, él mismo es la causa, y aquello de lo es la causa depende de él (Aristóteles, 2011a, p.50).

Las acciones en la ética aristotélica son las principales causas de la formación de los diversos modos de ser, pero esa actuación debe ser de acuerdo con la recta razón, esto es, lo que debemos dar por aceptado (Aristóteles, 2010a, p.54).

Pero también es necesario aclarar que es imposible que la misma persona realice un acto voluntario e involuntario al mismo tiempo, y en relación con la misma parte del acto (Aristóteles, 2011a, p.53). Todo aquello que hacemos involuntariamente lo hacemos coaccionados, y a todas las acciones llevadas a cabo por coacción les sigue el dolor, mientras que a las llevadas a cabo por voluntad propia les acompaña el placer (Aristóteles, 2011b, p.153). El filósofo griego indica al respecto que:

Todo lo que se hace por elección va acompañado, según dijimos, de reflexión. En consecuencia, no todo lo voluntario se hace por elección, pero todo lo que se hace por elección es voluntario; efectivamente, si elegimos hacer algo tras haber deliberado sobre ello, lo hacemos voluntariamente (2011b, p.157-158).

Por tanto, la virtud para el Estagirita es (2010a, p.63): “un modo de ser selectivo, siendo un término medio relativo a nosotros, determinado por la recta razón y por aquello por lo que decidirá el hombre prudente”. A ser

9 La virtud de la prudencia en Aristóteles es aquella que da a los seres humanos la capacidad de deliberar, distinguir entre lo bueno y lo malo, las acciones preferibles y las que no se prefieren, usar de un buen modo, todo lo que se tiene (Muñoz, 2009, p.137; Garcés y Giraldo, 2013, p.184).

virtuoso se aprende con el ejercicio de los hábitos buenos, con formación, y requiere de experiencia y tiempo para ejercitarse en ellos. Respecto de cómo alcanzar el término medio, incluso, pareciera una contradicción de su teoría de la virtud, porque afirma que es difícil llegar a especificar los motivos y el tiempo en el que se debe tener tal o cual comportamiento, porque todo ello depende de la percepción:

Esto, sin duda, es difícil, y especialmente en los casos particulares, pues no es fácil especificar cómo, con quiénes, por qué motivos y por cuánto tiempo debe uno irritarse; pues nosotros mismos unas veces alabamos a los que se quedan cortos y decimos que son apacibles, y otras a los que se irritan y les llamamos viriles. Sin embargo, no es censurado el que se desvía del bien un poco, tanto por exceso como por defecto, pero sí lo es el que se desvía mucho, pues no pasa desapercibido. Ahora, no es fácil determinar mediante la razón los límites y en qué medida sea censurable, porque no lo es para ningún objeto sensible. Tales cosas son individuales y el criterio reside en la percepción. Así, pues, está claro que el modo de ser intermedio es en todas las cosas laudable, pero debemos inclinarnos unas veces hacia el exceso y otras hacia el defecto, ya que así alcanzaremos más fácilmente el término medio y el bien (Aristóteles, 2010a, p.71).

Aristóteles llamó término medio a “una cosa que dista lo mismo de ambos extremos, y este es uno y el mismo para todos; y en relación con nosotros, al que ni excede ni se queda corto, y este no es ni uno ni el mismo para todos” (2010a, p.619). Este justo medio, según Aristóteles, es la recta razón que decide el hombre prudente. Este término medio es una posición intermedia entre el exceso y el defecto, y apunta al equilibrio entre las pasiones y las acciones; se debe elegir el término medio y no el exceso ni el defecto (Garcés, 2014, p.5). La virtud es honorable, puesto que, merced a ella, uno se hace hombre de bien, la virtud se hace elogiada a causa de las acciones conformes a ella (Aristóteles, 2011b, p.140). En la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles define la virtud como:

Un hábito electivo que consiste en un término medio, relativo a nosotros, regulado por la recta razón en la forma en la que lo regularía un hombre verdaderamente prudente. Es un medio<sup>10</sup> entre dos vi-

10 Aristóteles, al describir la virtud como el término medio (Mesotés), presupone que el sentimiento y la acción determinados por el hábito virtuoso ocupan una posición intermedia en un continuo en el que

cios<sup>11</sup>, uno por exceso y otro por defecto, y también por no alcanzar, en un caso, y sobrepasar en otro, lo necesario en las pasiones y acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio. Por eso, de acuerdo con su entidad y con la definición que establece su esencia, la virtud es un término medio, pero con respecto a lo mejor y al bien, es un extremo (Aristóteles, 2010a, 63).

Entonces como se ha dicho, la virtud es el modo de ser que nos hace capaces de realizar los mejores actos y que nos dispone lo mejor posible de cara al mayor bien, siendo el mejor y el más perfecto el que está de acuerdo con la recta razón que es el término medio entre el exceso y el defecto (Aristóteles, 2011a, p.46-47) y que se puede ir perfeccionando con formación, con buenos hábitos y, sobre todo, con educación. De esta manera, Aristóteles (2011<sup>a</sup>) afirma que:

Es necesario, por tanto, que el carácter de una persona sea bueno o malo por el hecho de buscar o evitar ciertos placeres y dolores. [...] se sigue que toda virtud ética está en relación con los placeres y dolores. [...] Pero decimos que los hombres son malos a causa de los placeres y de los dolores, por buscarlos y evitarlos o como no se debe o los que no se debe (p.46).

Entonces, como se ha dicho, la virtud es el modo de ser que nos hace capaces de realizar los mejores actos y que nos dispone lo mejor posible de cara al mayor bien, siendo el mejor y el más perfecto el que está de acuerdo con la recta razón que es el término medio entre el exceso y el defecto (Aristóteles, 2011a, p.46-47) y que se puede ir perfeccionando con formación, con buenos hábitos y, sobre todo, con educación. Para Aristóteles no toda acción, ni toda pasión admiten el término medio:

Sin embargo, no toda acción ni toda pasión admiten el término medio, pues hay algunas cuyo solo nombre implica la idea de perversidad, por ejemplo, la malignidad, la desvergüenza, la envidia; y entre las acciones, el adulterio, el robo y el homicidio. Pues todas estas co-

---

también caben el exceso y el defecto (Martínez, 2010a).

11 “También el vicio comparte estas características: es un hábito del carácter, también se adquiere con la práctica y también tiende a estabilizarse. Su diferencia con la virtud la explica Aristóteles con su célebre doctrina de la mesotés o ‘justo medio’” (Martínez, 2010a).

sas y otras semejantes se llaman así por ser malas en sí mismas, no por sus excesos ni por sus defectos. Por tanto, no es posible nunca acertar con ellas, sino que siempre se yerra (2010a).

Por tanto, la verdad y el vicio están en relación con las acciones, de las cuales el hombre es soberano y responsable, porque él es la causa y el principio; todo hombre es la causa de las acciones voluntarias<sup>12</sup>, pero no de las involuntarias<sup>13</sup>, conforme a su libre elección, y todo lo que hace a partir de haber deliberado sobre la acción debe ser claro que lo hace voluntariamente (Aristóteles, 2011a, p.51).

Es el caso que se describe en la *Ética a Nicómaco*, cuando nos advierte que hay disposiciones intermedias, también, en las pasiones, y nos cita el ejemplo de la vergüenza y la indignación:

También hay disposiciones intermedias en las pasiones y respecto de ellas. Así, la vergüenza no es una virtud, pero se elogia al vergonzoso; así, se dice que uno posee el justo medio en estas cosas; otro, que es exagerado, como el tímido que se avergüenza de todo; otro, que es deficiente o que no tiene absolutamente vergüenza de nada; y el término medio es vergonzoso. La indignación es el término medio entre la envidia y la malignidad, y estos son sentimientos relativos al dolor o al placer que sentimos por lo que sucede a nuestros prójimos; pues el que se indigna se aflige por los que prosperan inmediatamente; el envidioso, yendo más allá que este, se aflige de la prosperidad de todos, y el malicioso se queda tan corto en afligirse, que hasta se alegra (Aristóteles, 2010a, p.67).

Es por esto que para Aristóteles la felicidad es lo más hermoso y lo mejor de todas las cosas, es también lo más agradable (2011a, p.17). La felicidad es una actividad del alma de acuerdo con la virtud perfecta, la felicidad es la virtud o alguna clase de virtud; pues la actividad conforme a la virtud es una actividad propia de ella (Aristóteles, 2010a, p.39). En Aristóteles “la felicidad”<sup>14</sup>

12 Lo voluntario es aquello cuyo principio está en uno mismo; se identifica con la acción de acuerdo con el pensamiento (Aristóteles, 2011a, p.59).

13 Lo involuntario son las cosas que se hacen por fuerza o por ignorancia (Aristóteles, 2011a, p.59).

14 En la *Ética a Nicómaco* se afirma que “vivir bien y obrar bien, es lo mismo que ser feliz” (Aristóteles, 2010a, p.27).

es algo perfecto y suficiente, ya que es el fin<sup>15</sup> de los actos”. Pallí, traductor de la *Ética a Nicómaco*, nos aclara “que una de las acciones centrales de la moral aristotélica es que la felicidad es el bien<sup>16</sup> que, cuando lo poseemos, nos hace independientes, y el hombre es independiente cuando posee todo lo necesario para su felicidad” (en los comentarios a Aristóteles, 2010a, p.35). Hablando de la felicidad, recordemos que, en Aristóteles, el vivir bien y el obrar bien, sería lo mismo que ser feliz. Además de que lo único que nos hace verdaderamente felices es la virtud. Para Matijasevic:

La felicidad es una actividad, un proceso, no un sentimiento en la mente, una emoción generada por los giros incesantes de las vicisitudes de la fortuna, por tanto, el hombre verdaderamente feliz no puede ser un camaleón que cambia cada vez que circunstancias ajenas a él modifican su situación de la fortuna (2011, p.6).

Esa actividad que es la felicidad<sup>17</sup> para Aristóteles, es sin duda alguna, una actividad específicamente humana y todo aquello que atente contra ella, lo hace en contra del florecimiento humano (Schutz, 2007, p.162). Otra definición que Aristóteles hace de la felicidad, se encuentra en su *Retórica* donde señala que “así pues, entendemos por felicidad o el éxito acompañado de virtud, o la dependencia económica, o la vida placentera unida a la seguridad, o la pujanza de bienes materiales y de cuerpo juntamente con la facultad de conservarlos y usar de ellos” (Aristóteles, 2010b, p.609).

## Las emociones y los juicios en la toma de decisiones

El juicio sin duda alguna, para Aristóteles, constituye una condición necesaria de la emoción. Es así como las emociones influyen en la formación de las opiniones y en la formulación de los juicios como lo afirma el filósofo en su *Retórica* (Campeggiani, 2014, p.189). Para Aristóteles es, de acuerdo con las facultades emotivas, que los seres humanos son susceptibles de impresionarse y que también en función de los estados habituales, es cuando se tiene la incli-

15 Es evidente que este fin será lo bueno y lo mejor (Aristóteles, 2010a, p.24).

16 Toda acción y libre elección parece tender a algún bien; por esto se ha manifestado, que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden (Aristóteles, 2010a, p.23).

17 La felicidad no era concebida llanamente como disfrute o placer, sino como una forma de vivir que mereciese ser vivida. (Aguado y otros, 2012, p.52).

nación a las pasiones experimentadas de cierta manera o encontrándose libre de ellas (Aristóteles, 2011a, p.41). Aristóteles en su *Retórica*, nos dice que las emociones son las causantes de que los hombres cambien sus juicios:

Porque las emociones son, ciertamente, las causantes de que los hombres se hagan volubles y cambien en lo relativo a sus juicios, en cuanto que de ellas se siguen pesar y placer<sup>18</sup>. Así son, por ejemplo, la ira, la compasión, el temor y otras más de naturaleza semejante y sus contrarias. Ahora bien, en cada una se deben distinguir tres aspectos: en relación a la ira –pongo por caso-, en qué estado se encuentran los iracundos, contra quienes suelen irritarse y porqué asuntos; pues si solo contamos con uno o dos de esos aspectos, pero no con todos, no es posible que se inspire la ira (Aristóteles, 2010b, p.696).

#### Para Fonseca y Prieto

Esta influencia puede ir desde determinar el tipo de juicio hasta definir la severidad del mismo o su transformación total, ya que la influencia de las emociones no está limitada. De igual manera el rango de cosas que pueden afectar el juicio es bastante amplio y de agrupamiento diverso y el propósito o fin de una emoción podría explicar un cambio de juicios<sup>19</sup>(2010, p.12).

Cárdenas, interpretando el pensamiento aristotélico como una forma de sentir y significar el tema de las emociones, nos dice que:

Este saber emocional, así organizado por Aristóteles, es lo que permite hacerlo disponible para que los oradores puedan construir sus pruebas con las que inciden y orientan la formación del juicio en el oyente, quien, como miembro de una comunidad, evalúa una acción concreta y toma una decisión sobre si es conveniente, justa o digna de alabanza. De esta manera al poner sus opiniones sobre las pasiones en conexión con los criterios de lo justo, bueno y digno forma su juicio y al hacerlo va constituyendo estas nociones sin las que dice Aristóteles no es posible una vida en común (2013, p.175).

18 La pena y el placer, no son emociones, sino sus componentes.

19 Por ejemplo, la cólera va unida a la búsqueda de venganza y esto puede llevar a la construcción de juicios desfavorables con respecto a la persona que provocó tal emoción (Fonseca y Prieto, 2010, p.12).

Hablando de los oradores y su relación con las emociones, Aristóteles se interesa por los afectos y emociones que se presentaban en la *polis*, como efecto de los discursos de estos, como son las afectaciones de los ánimos que gobernaban las decisiones que se tomaban en la comunidad aristotélica. A partir de esta situación, el Estagirita nombra las emociones, las contrapone y dispone un cierto orden entre ellas.

En la *Retórica*, deja situados mecanismos y disposiciones de sentimientos humanos, porque para él era claro, que el orador con su discurso las suscitaba y las provocaba, de allí, que el arte de la argumentación y la retórica -entendida como “la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer.” (Aristóteles, 2010b, p.581)- mantenían su parentesco con la dialéctica; para la *polis* aristotélica, es una retórica que se pone al servicio de justicia y de sus causas, por tanto usa las emociones que los oradores suscitan, para estar preparados cuando nuestros contrarios las usan para sus deliberaciones y la toma de decisiones. Para Aristóteles, por lo tanto, son los sentimientos de dolor y placer los que derivan las emociones como son: la ira, el temor, el odio, la vergüenza, la compasión y la envidia y con ellas las decisiones (Mon, 2006, p.420).

Para el pensador griego las pasiones son algo común al cuerpo y al alma. Estas nos mueven, al contrario de las virtudes y los vicios que son aquellas que nos disponen a movernos de determinada manera o modo, pero sin llegar a movernos; es por esto que las pasiones o emociones para el Estagirita, son lugares intermedios entre las facultades y los modos de ser o los hábitos. Las emociones, por lo tanto, son tratadas desde el punto de vista de algo que debemos controlar mediante la virtud; la conducta ética es el resultado de una buena conducción por parte de la razón de las pasiones o las emociones (Conde, 2015, p.120). Para aclarar esta reflexión, Aristóteles en la *Ética Eudemia*, establece la diferencia que existe entre pasiones, facultades y modos de ser, así:

Llamo pasiones a lo que sigue: indignación, temor, vergüenza, apetito y, en general, todo lo que en sí mismo va, comúnmente acompañado de placer o dolor. Y no hay ninguna cualidad que les corresponda, pero sí con respecto a las facultades. Llamo facultad a aquello que en virtud de lo cual los que actúan según sus pasiones son llamados de acuerdo con ellas; por ejemplo, irascible, insensible, amoroso, púdico, desvergonzado. Los modos de ser son las disposiciones causantes

de que lo que hay en nosotros sea conforme o contradictorio con la razón, por ejemplo, valentía, moderación, cobardía, intemperancia (Aristóteles, 2001a, p.42).

Aristóteles manifiesta que en cada emoción pueden ser observados tres momentos, que sin ellos no se da la emoción o la pasión: el estado en que se encuentra el que padece o siente la emoción; a quien dirige su afección; y la razón de su emoción. Este método fue aplicado a cada una de las emociones que describe en su *corpus*. Inició con la ira y luego con las otras emociones que se listan en su obra. Para esto entonces explica por cada una de ellas, de qué calidad es la emoción; contra quién siente la emoción y de qué modo la siente; o también así: el objeto causante de la emoción; qué se siente con la emoción y en qué condición subjetiva ha de hallarse quien llega a padecerla (Neumann, 2009, p.184). De la misma manera en la *Magna Moralia*, se refiere a las cosas que debe de haber en el alma, indicando que son las pasiones, las facultades y los hábitos y que, por tanto, la virtud, tendrá que ser alguna de ellas:

Son pasiones la ira, el miedo, el odio, el ansia, la envidia, la piedad y las cosas semejantes, a las cuales suelen acompañar dolor y placer. Son facultades, en cambio, las realidades anímicas en virtud de las cuales se dice que somos capaces de sentir esas pasiones, como aquellas en virtud de las cuales somos capaces de sentir cólera, dolor, compasión y los sentimientos semejantes. Lo hábitos, por su parte, son aquellas realidades anímicas en virtud de las cuales tenemos una actitud buena o mala. (Aristóteles, 2011b, p.147)

Es propio de los hábitos tener una buena o mala actitud; y el tener una buena actitud respecto a ellos, consiste en no tener ni el exceso ni el defecto. De esta manera, si el hábito consiste en tener una buena actitud, este se dirige al término medio de aquellas cosas que son elogiadas; mientras que el hábito que se dirige a las malas actitudes, se inclina hacia el exceso o el defecto (Aristóteles, 2011b, p.148). Además, se aclara en la *Ética a Nicómaco* el asunto concreto de que ni los vicios, ni las virtudes, son pasiones, así:

Por tanto, ni las virtudes ni los vicios son pasiones, porque no se nos llama buenos o malos por nuestras pasiones, sino por nuestras virtudes y nuestros vicios; y se nos elogia o censura no por nuestras pasiones (pues no se elogia al que tiene miedo ni al que se encole-

riza, ni se censura al que se encoleriza por nada, sino al que lo hace de cierta manera), sino por nuestras virtudes y vicios. Además, nos encolerizamos o tememos sin elección deliberada, mientras que las virtudes son una especie de elecciones o no se adquieren sin elección. Finalmente, por lo que respecta a las pasiones se dice que nos mueven, pero en cuanto a las virtudes y vicios se dice no que nos mueven, sino que nos disponen de cierta manera (Aristóteles, 2010a, p.60).

Afirma el Estagirita que el carácter de una persona puede ser definido como bueno o malo, por el hecho de buscar o evitar ciertos placeres o dolores. Esto se hace evidente a partir de la definición anterior de pasiones, facultades y modos de ser. Las facultades y los modos de ser están en relación con las pasiones, y estas se distinguen por el dolor y el placer (Aristóteles, 2011a, p.46). Aristóteles habla del placer y el dolor en la *Ética a Nicómaco* en estos términos:

El estudio del placer y el dolor pertenece al filósofo político; él es el que dirige el fin, mirando hacia el cual llamamos a una cosa buena o mala en sentido absoluto, hemos colocado la virtud y el vicio éticos en relación con los dolores y placeres; y la mayoría de los hombres opinan que la felicidad va acompañada de placer y, por esta razón, llaman feliz al hombre derivándolo del verbo gozar. Ahora bien, unos hombres opinan que ningún placer es un bien ni por sí mismo ni por accidente, porque piensan que el bien y el placer no son lo mismo. Otros opinan que algunos placeres son buenos, pero que la mayoría son malos. Todavía una tercera opinión sostiene que, aun cuando todos los placeres sean buenos, no es posible, sin embargo, que el bien supremo sea el placer. (2010a)

En Aristóteles, las emociones pueden ser valoradas a partir de criterios de racionalidad, como la sensatez, la rectitud práctica o ética, pero nunca podrán ser calificadas de verdaderas o falsas. Para el Estagirita todo acto de insensatez, cobardía, desenfreno y malhumor, cuando son excesivos, se consideran como estados bestiales o estado mórbidos. Además, afirma que las emociones son racionales si satisfacen algunos requisitos:

- a) son adecuadas a los objetos y a las situaciones que las provocan; b)
- son proporcionadas respecto a sus objetos intencionales o sus cau-

sas, en grado, intensidad duración; c) son experimentadas del modo apropiado; y d) están orientadas a fines o bienes normativamente apropiados (Trueba, 2008, p.161).

## Características de las emociones

Pero entonces, ¿cómo se pueden interpretar las emociones? Se debe comprender que, si alguien siente algo y siente alguna emoción en lugar de otro, se deben identificar las señales fisonómicas y fisiológicas, pero sobre todo entender los elementos que las desencadenan o las justifican, además del grado o nivel de pensamiento, porque estas ocurren respecto a cosas importantes y están sujetas a normas y a la crítica social (Rodríguez, 2008, p.149). Para Fonseca y Prieto, a propósito de lo que lleva consigo los juicios que se hacen a partir de las emociones:

La emoción que se presenta hace ver al objeto según la naturaleza de esa emoción. Si se está molesto por la acción de alguien es probable que se emita un juicio en contra y no a favor sobre esa persona; fácilmente se puede inferir que realmente esa persona está haciendo algo en contra del observador, sintiéndose justificado en tener esa emoción. Y la acción de esa misma persona no es evaluada de la misma manera cuando se está en un estado emocional contrario o diferente. Debería tomarse en cuenta que cuando una emoción provoca un juicio determinado sobre el rol de una persona en una situación, también se termina formando una opinión acerca de esa persona en la misma dirección (2010, p.13).

Las emociones, siguiendo lo planteado por el Estagirita, conllevan a dos tipos de componentes. El primero de carácter cognitivo, como cuándo sucede que son suscitadas por una ofensa que se juzga como injusta o inmerecida, ya sea hacia sí mismo o hacia uno de los suyos, en este tipo de circunstancias se muestra claramente la relación de la emoción con la argumentación razonada. El segundo componente es el social, por tener un carácter de relación interpersonal, que es característico de los seres humanos en su contexto social. La emoción no está concebida como un sentimiento subjetivo, y prueba de ello es la ausencia de estados de ánimo como la soledad o la angustia (Paglialunga, 2016, p.138).

Las emociones son aprendidas y transformadas por el contexto social en el que se desenvuelven las personas, muy especial es la influencia que ejerce la familia en la forma en que se expresa la afectividad y en especial las emociones; ellas involucran certezas que pueden estar relacionadas con nuestra vulnerabilidad y nuestra autosuficiencia, con base en las circunstancias que nos ha tocado vivir y que son particulares de nuestra vida, porque estas son relativas al contexto particular y porque perciben las circunstancias de la acción. Es aquí donde juega un papel importante el discernimiento del hombre prudente aristotélico; esto es porque las emociones orientan movimientos de atracción o de rechazo debido a que están acompañadas de creencias valorativas que, como ya se ha dicho, dependen de quien las perciba (Lacunza, 2004, p.4-5). Para Gálvez las respuestas emocionales desde el proceso cognitivo varían de una persona a otra:

En la emoción, el proceso cognitivo es fundamental. Ante un mismo suceso, la respuesta emocional varía de una persona a otra, siendo fundamental la valoración inicial que hagamos. Las emociones se pueden generar como respuesta a un acontecimiento externo o interno, en este caso podemos sentir miedo u otra emoción, pensando en algo que no ha ocurrido y que puede que no ocurra nunca, rumiando ese pensamiento una y otra vez con el perjuicio para nuestra salud que conllevan los cambios fisiológicos producidos por esa emoción en nuestro organismo (2014, p.77).

La estrategia de Aristóteles para el análisis de las emociones, fue vincularlas con las creencias. Con esto logra dos cosas: una de ellas es la de que las emociones las puede explicar de manera racional y la otra, es que las puede diferenciar. Esto también rechaza la idea tradicional de que lo racional y lo emocional son aspectos inconmensurables del ser humano. Para el Estagirita las emociones se forman sobre la base de estructuras cognitivas, es decir, creencias, pero, además, cada una de las emociones puede ser diferenciadas por las reacciones que se tengan, en el momento en que ellas sucedan (Quintanilla, 2007, p.141; Trueba, 2009, p.170).

Lacunza detalla la interpretación que hace Nussbaum de las emociones en Aristóteles, en la reflexión indica que las creencias son condición necesaria para entender las emociones en el Estagirita y establece cuatro puntos im-

portantes para su entendimiento: 1) Las emociones son formas de conciencia intencional, esto es, se orientan a ciertos objetos; 2) las emociones se vinculan estrechamente con creencias y pueden ser modificadas si las creencias se modifican; 3) las emociones son en algún grado racionales y todas son en algún grado cognitivas y están basadas en creencias, y pueden entonces ser valoradas, como las creencias, por su estatus epistémico y normativo (2002).

Otra interpretación, que se establece con los mismos elementos anteriores, se desarrolla en la tabla 1. En ella, las emociones contienen unas premisas de carácter social, que es importante tener en cuenta (Rodríguez, 2008, p.149-153).

**Tabla 1.** Premisas de las emociones y sus características

Premisa	Características
Las emociones se desencadenan por cogniciones.	Estas tienen una dimensión cognitiva, implican pensamientos, creencias, juicios, evaluaciones; su presencia e intensidad dependen de estructuras cognitivas. Para que una emoción se presente, se requiere que el individuo codifique una situación de una manera específica. Un hecho cognitivo de las emociones, es que las personas pueden simular, fingir, minimizar y exagerar las emociones para conseguir determinados fines. Implica conocer las creencias y valores que hacen legítimas ciertas expresiones emocionales o capacidades para prever reacciones o resultados ante la manifestación de una de ellas.
Las emociones tienen un objeto intencional.	Implica que casi siempre están dirigidas a algo, sean personas, cosas o circunstancias que son consideradas importantes para el bienestar propio, con base en cómo cada persona lo identifica o interpreta. Es por esto, que las emociones involucran creencias sobre eventos que han tenido lugar y que no han sucedidos, y también sobre alguien que los ha causado.
Las emociones son formas intrínsecas de compromiso y juicio evaluativo.	Las emociones son en sí mismas cogniciones y sus manifestaciones son explícitas de reconocer que algo ha sucedido y ha sido investido su valor e importancia. Además, expresan juicios evaluativos y compromisos con ciertas visiones de las cosas; estas, llevan juicios sobre aspectos que pensamos son importantes para nuestro propio bienestar. Constituyen respuestas inteligentes a los eventos del mundo y sus valores, son por sí mismas, modos de reconocer que un objeto es relevante e importante. En síntesis, implican juicios evaluativos.

Las emociones son objeto de evaluación y crítica.	Están relacionadas con pensamientos; son con frecuencia objetos de evaluación y crítica, como cuando se juzga si son exageradas, minimizadas, apropiadas o inapropiadas a la situación que las desencadena, porque están influenciadas por el sistema de creencias culturales y morales. Como lo hemos afirmado, de esta manera están ligadas al orden social porque implican patrones socioculturales determinados, tienen su propia regla y no cumplirlas puede dar lugar a situaciones conflictivas; porque por lo general se evalúan las acciones y los intereses propios y de los demás; el contexto social implica expectativas sobre lo que son las emociones apropiadas para expresarlas de manera pública o visible. Nuestra propia historia emocional y todos los eventos que se han vivido, forman hábitos de respuestas que afectan sin duda alguna las concepciones de los objetos. Se puede afirmar que las emociones son construidas socialmente, porque se aprenden en la comunidad y tienen propiedades particulares, más que universales.
---	---

**Fuente:** Rodríguez (2008).

## Conclusiones

El análisis y la reflexión acerca de las características de las emociones a través del pensamiento aristotélico, permiten conocer las implicaciones que tienen estas en los modos de actuar y en los modos de establecer juicios. Asimismo, a través de la reflexión de estas características se pueden comprender una serie de señales y cambios que derivan desde lo emocional hacia lo fisiológico y fisiológico, en la medida en que las afecciones del alma son comunes al cuerpo, es decir, cuando intervienen las emociones hay afectación tanto del cuerpo como del alma que lo habita. Finalmente, este análisis permite ver cómo las emociones son transformadas por el contexto social en el que se desenvuelven cada persona, teniendo presente que las emociones varían con base en las circunstancias en que se ha vivido y que son particulares de cada vida, porque estas son relativas al contexto particular y las acciones, reacciones y pasiones involucradas. Para el Estagirita, las emociones se producen en el alma y van acompañadas de placer y dolor. Al producirse en el alma generan movimiento así que el alma se mueve, es decir, todas las emociones que se producen en el alma generan movimiento. Por tanto, para Aristóteles es el hombre en función del alma quien siente todos estos padecimientos, es quien siente todas las emociones que van acompañadas de placer y dolor de acuerdo con el estado de ánimo que se tenga.

## Referencias

- Aguado, M., Calvo, D., Dessal, C., Riechmann, J., González, J.A. y Montes, C. (2012). La necesidad de repensar el bienestar humano en un mundo cambiante. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, (119), 49-76.
- Aristóteles. (Trad. 2010a). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (Trad. 2010b). *Retórica*. México: UNAM.
- Aristóteles (Trad. 2010c). *Acerca del Alma*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (Trad. 2011a). *Ética Eudemia*. Madrid: Editorial Gredos
- Aristóteles. (Trad. 2011b). *Magna Moralia*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (Trad. 2011c). *Política*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (Trad. 1998). *Metafísica*. Madrid: Editorial Gredos.
- Aristóteles. (Trad. 2000). *Movimiento de los animales*. Madrid: Editorial Gredos.
- Belli, S., Harré, R. y Iñiguez, L. (2010). Emociones y discurso: una mirada a la narrativa científica de la construcción social al amor. *Prisma social. Revista de ciencias sociales*, (4). 1-45.
- Cáceres, R. (2016). Aristóteles: poesía y educación. *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales- Universidad Nacional de Jujuy*, (50), 161-177.
- Camppeggiani, P. (2014). Iguales en las necesidades: instituciones aristotélicas sobre el sentimiento de indignación. *Agora-Papeles de Filosofía*, 33(2), 185-197.
- Cárdenas, L. (2013). Aristóteles-Ricoeur: retórica y hermenéutica de las pasiones. *Revista de Filosofía Conceptos*, 165-179.
- Castaño, S. (2017). Emociones In-corporadas. *Psicoespacios, Revista virtual de ciencias sociales y humana*, 11(19). Doi.org/10.25057/issn.2145-2776.
- Conde, F. (2015). Los afectos como efectos del lenguaje sobre el cuerpo: de las pasiones de Aristóteles a los afectos en la teoría psicoanalítica de Freud y Lacan. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, (65), 119-132.
- Fonseca, R. y Prieto, L. (2010). Las emociones y la retórica interpersonal desde los aportes de Platón y Aristóteles. *Quórum Académico*,7(1), 78-95.
- Gálvez, J. (2014). Meditación y emociones. *Medicina Naturista*, 8(2),19-23.
- Garcés, L. y Giraldo, C. (2014). Virtudes éticas en Aristóteles: razón de los

- deseos y sus acciones para lograrlas. *Revista virtual Universidad Católica del Norte*, 41, 70-78.
- Lacunza, M. (2002). Un enfoque nearistotélico en la reflexión ética sobre las emociones. La posición de Martha Nussbaum. *UNLP V Jornadas de Investigación en Filosofía*.
- López, L. (2015). Las emociones como formas de implicación en el mundo. El caso de la ira. *Estudios filosóficos*, (53), 81-101.
- Matijasevic, E. (2011). Aliviar siempre. *Acta médica colombiana*, 36(1), 4-9.
- Konstan, D. (2004). Las emociones en la antigüedad griega. *Pensamiento y Cultura*, (7), 47-54.
- Paglialunga, E. (1996). Para una semiótica de las pasiones en la narrativa de Apuleyo: la envidia (Met V, V-XIV). *Revista Venezolana de Estudios Clásicos Praesentia*, 235-245.
- Quintanilla, P. (2007). La conquista aristotélica de las emociones. *Revista de Psicoanálisis*, (5), 139-146.
- Rodríguez, T. (2008). El valor de las emociones para el análisis cultural. *Papers*, 87, 145-159.
- Trueba, C. (2009). La teoría aristotélica de las emociones. *Signos Filosóficos*, XI(22), 147-171.

# Movimientos sociales de víctimas frente a la construcción de políticas públicas con enfoque de género en contextos de violencia

Karina Inés Lopera Graciano<sup>1</sup>  
Juan Carlos Cardona Londoño<sup>2</sup>

## Resumen

Los desafíos que plantean los acuerdos de paz y el pos acuerdo a la población colombiana son diversos, ante ello el campo académico tiene una responsabilidad intelectual apremiante de brindar elementos que permitan un análisis riguroso que ayude comprender las causas objetivas y subjetivas de un conflicto interno que ha definido la configuración estatal por más de sesenta años. Fue la necesidad de adentrarse en la comprensión del conflicto desde la perspectiva de las víctimas, la que motivó a emprender el presente estudio. Se partió desde la conceptualización de nuevos movimientos sociales, para nuestro caso, movimientos sociales que agrupan víctimas mujeres del conflicto armado colombiano; para comprender de este modo, qué papel han jugado estos en la construcción de políticas públicas con enfoque de género en escenarios políticos de violencia.

**Palabras clave:** nuevos movimientos sociales, incidencia política, políticas públicas, contextos de violencia.

---

1 Magister en Derecho Penal Universidad de Medellín. Docente investigadora de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico klopera@americana.edu.co. <https://orcid.org/0000-0001-6416-8783>

2 Magister en Estudios Políticos Universidad Pontificia Bolivariana. Docente investigador de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico jcardonal@americana.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-5785-6155>

## **Social movements of victims against the construction of public policies with a gender approach in contexts of violence**

### **Abstract**

The challenges posed by the peace accords and the post-accord to the Colombian population are diverse, before which the academic field has a compelling intellectual responsibility, providing elements that allow a rigorous analysis that helps to understand the objective and subjective causes of an internal conflict that has defined the state configuration for more than sixty years. It was the need to delve into the understanding of the conflict from the perspective of the victims that motivated the undertaking of the present study, from which it was based on a conceptualization of new social movements, for our case social movements that group women victims of the Colombian armed conflict, to understand what role these have played in the construction of public policies with a gender focus in political scenarios of violence.

**Key words:** new social movements, political incidence, public policies, contexts of violence

### **Introducción**

La violencia como fenómeno político ha estado indisolublemente ligada a los procesos de transformación del Estado colombiano a lo largo de su vida republicana, sus causas políticas y sociales han estructurado lo que los violentólogos han denominado habitus violentos, desde los cuales se crean y se recrean imaginarios que dan cuenta sobre las percepciones que construyen nación. El conflicto interno armado es una clara muestra de ello, ya que el enfrentamiento llevado a cabo por los gobiernos contra organizaciones al margen de la Ley que han desafiado, o en muchos casos superado, a la institucionalidad; ha desembocado en espacios interregnos, desde los cuales se podrían analizar las causas objetivas y subjetivas de su existencia. Este estudio busca adentrarse en las causas y efectos subjetivos del conflicto, prestando importante atención a tres elementos como epicentro reflexivo analítico: las víctimas del conflicto interno armado, los nuevos movimientos sociales que

las agrupan, y las políticas públicas. De allí nace nuestro nodo investigativo ¿de qué manera los movimientos sociales de víctimas posibilitan la construcción de políticas públicas con enfoque de género en contextos de violencia?, para dar respuesta a esta pregunta se utilizó un método mixto con un enfoque hermenéutico. Asimismo, para comprender el papel de los nuevos movimientos sociales que agrupan víctimas en Colombia se convierte en un elemento fundamental de cara al pos acuerdo, analizar estrategias de visibilización y reconocimiento político permite comprender el papel de las víctimas en la construcción de nación dentro de los marcos simbólicos, históricos y políticos del Estado colombiano.

En la primera parte de este texto se analizarán los nuevos movimientos sociales, buscando comprender los elementos que los diferencian de los movimientos sociales surgidos en la década de los setentas y los ochentas. La segunda parte se enmarcará en la caracterización de contextos de violencia y cómo los insumos generados en ellos impactan a las víctimas del conflicto interno armado Colombiano; y en una tercera parte se establecerá la relación entre nuevos movimientos sociales de víctimas y su incidencia en la construcción de políticas públicas.

## **Desarrollo de la temática**

### **Los nuevos movimientos sociales**

Los movimientos sociales, se enmarcan en la coyuntura sociopolítica iniciada en la época moderna, nacieron de una sociedad que se debatía entre los deseos de las transformaciones sociales y la defensa del *statu quo* por parte de los grupos dominantes. Comprender la razón de su nacimiento permite aclarar que no es un fenómeno homogéneo, sino que “estos movimientos se han concretado en formas y niveles muy variados de organización, que van desde movimientos sociales formalmente organizados, hasta colectivos y grupos sociales más informales e, incluso, acciones colectivas con una escasa o nula organización” (Puerta, 2006, p.56).

El surgimiento de estas nuevas formas de asociación colectiva, permiten que actualmente las ciencias sociales viren sus miradas hacia el análisis de los movimientos sociales, buscando comprender el por qué los sujetos actúan

colectivamente, cómo lo hacen y cuáles son los objetivos intrínsecos de sus agrupaciones. Se pretende desde este análisis, profundizar específicamente en la construcción del concepto de acción colectiva desde la teoría política, buscando con él diferenciarlo de las demás formas de agrupación colectiva; para tal fin se inicia con una breve mirada a diferentes paradigmas y teorías desde los cuales se aborda la acción colectiva.

Los nuevos conflictos sociales, emanados históricamente en la contemporaneidad, abren una nueva línea de análisis, que buscará comprender los movimientos sociales, superando los esquemas de análisis tradicionales, a través de una ruptura con la conceptualización que de movimientos sociales se tenía hasta la fecha de su aparición. La teoría de los nuevos movimientos sociales, busca entonces fijar su punto interpretativo en otras lógicas de acción, basadas en la política, la ideología y la cultura, y en otras fuentes de identidad, como la etnicidad, el género o la sexualidad, que se consideran base de la acción colectiva (Puerta, 2006, p. 229).

Uno de los exponentes más importantes de esta teoría es Alain Touraine, sociólogo francés que centra su teoría en la unión entre cultura y política, con la cual, hace una crítica a la teoría marxista por considerar que los nuevos conflictos sociales ya no se instauran entre la disputa clases sociales- capital en la sociedad post industrial; su posición se fundamenta desde dos elementos:

- En primer lugar –y es el esencial– defino los movimientos sociales como unas conductas socialmente conflictivas, pero también culturalmente orientadas y no como la manifestación de contradicciones objetivas de un sistema de dominación. No concibo el movimiento obrero solamente como un levantamiento de los proletariados, pero si como un contra modelo a la sociedad industrial inclinada por los trabajadores poseedores de la fuerza de trabajo.
- En segundo lugar, la acción de los movimientos sociales no está dirigida fundamentalmente frente al Estado y no puede ser identificada con una acción política por la conquista del poder; al contrario, es una acción de clases, dirigida contra un adversario propiamente social. Puede haber convergencia o alianza, jamás unificación entre un movimiento social y una acción de transformación del poder del estado.

En fin, un movimiento social no puede ser el creador de una sociedad más moderna o avanzada que aquella que combate; él defiende, dentro de un campo cultural e histórico dado, otra sociedad. Es necesario remplazar el tema de la superación por el de la alternativa, dado que contradice las ideas evolucionistas que han liderado el pensamiento clásico social (Touraine, 2006, p. 258).

Según esta cita, para Touraine, la base de los movimientos sociales está en el orden cultural e histórico, es decir, los movimientos sociales no son fuerzas que rechazan el orden, sino fuerzas culturales que se combaten unas a otras para lograr el control de la producción de la sociedad, y regular la acción de las clases, para asegurar la acción de historicidad. Para Touraine la historicidad, es la acción de actores históricos, y “depende a su vez, del poder de dominación de que dispone cada uno de ellos” (citado en Puerta, 2006, p.230). Ante este concepto Touraine (2006) expone:

El campo de historicidad es el conjunto formado por los actores sociales y por el eje de sus luchas, que es la historicidad de ellas mismas. El movimiento social es la conducta colectiva organizada de un actor luchando contra su adversario por la dirección social de la historicidad en una colectividad concreta (p.255).

Desde esta perspectiva, los movimientos sociales emergen como un actor vivo que busca cambiar la historicidad del sistema social, y ese cambio sólo es posible a través del conflicto o por medio de la lucha, en la cual se disputa el control de la historicidad de la sociedad, es decir, la fuerza ganadora determina la orientación cultural, que guiará la nueva historicidad de la sociedad. En palabras de Wieviorka (2014, p.17), el conflicto social surge cuando los movimientos sociales desafían los actores que controlan la historicidad.

Los movimientos sociales son para Touraine una acción de clase, una acción orientada por la cultura, puesto que los actores, (los movimientos sociales) interactúan y entran en un conflicto de poder, debido a que los actores están definidos por su relación con el poder, y esta relación de poder esta definida por un modelo ético, con lo cual Touraine (2006) define tres sistemas de acción: sistema institucional, sistema organizacional y sistema de acción histórica.

Estos tres sistemas están mediados por las relaciones de clase (de poder) que caracterizan el tipo de sociedad en la que se sitúan organizaciones e instituciones; dominación que apunta a las relaciones de clase en un tipo de sociedad y que implica, necesariamente, evolución histórica y cambio social. Las relaciones de clase también permiten definir la sociedad como un sistema capaz de producir sus propias orientaciones normativas, en lugar de recibirlas de un orden o de un movimiento que las trasciende (Touraine citado en Puerta, 2006, p. 231).

Las nuevas orientaciones normativas producidas en un sistema social cambiante, permiten la aparición de nuevos actores (movimientos sociales), con lo cual se reconoce un nuevo tipo de sociedad y se busca superar la ideología dominante o la historicidad prevalente, a través de la voluntad de cada individuo o grupo para transformar su identidad e integración y defender los ideales de solidaridad, “Ya no se trata de conservar un orden social sino de crear las condiciones sociales que protejan la libertad personal y la diversidad cultural” (Wieviorka, 2014, p. 20).

En conclusión, el enfoque de Touraine con respecto a los nuevos movimientos sociales pone especial énfasis en el conflicto, la historicidad y el sujeto, abriendo una nueva línea de profundización que permitió analizar las características innovadoras de los movimientos sociales, las cuales rebasaron las líneas interpretativas a las que estaban adscritas hasta el momento de su aparición.

La teoría de los nuevos movimientos sociales encuentra en Alberto Melucci la complementariedad de los planteamientos de Touraine; para el sociólogo italiano, la aparición de los nuevos movimientos sociales está relacionada con el paso de la sociedad industrial a la sociedad compleja, en la cual los actores sociales, construyen acciones colectivas como resultado de intenciones, recursos y límites, con una orientación construída por medio de relaciones sociales dentro de un sistema de restricciones y oportunidades. Según, para Melucci (1998):

Las ideas de los movimientos sociales contemporáneos tienen carácter alternativo porque desafían la lógica de significación prevaleciente en la sociedad, como consecuencia de dos aspectos relacionados

entre sí: a) la interacción en las organizaciones y redes de los movimientos, las cuales actúan como laboratorios sociales donde se experimentan nuevos marcos de significados y pautas de relación social; b) la importancia que adquiere una forma distinta de organizar su acción o el carácter autorreferencial de los movimientos. Y una de las aportaciones más interesantes de Melucci consiste en establecer la relación entre ambos aspectos porque ello ilumina la relación de congruencia entre los medios y los fines que suele caracterizar a los movimientos sociales contemporáneos [...] Esa relación nos permite diferenciarlas de los movimientos clásicos, así como de los partidos. En los movimientos contemporáneos, las estructuras organizativas dejan de ser un instrumento para realizar sus metas y pasan a ser metas en sí mismas, debido a la importancia que adquieren los procesos de individualización y autorrealización de sus seguidores (citado en Laraña, 1999, p. 90).

Esta concepción rebasa la explicación de Touraine considerando que las acciones colectivas no pueden ser analizadas desde las precondiciones o desde los supuestos de valores o creencias, ya que:

Los individuos, actuando conjuntamente, construyen su acción mediante inversiones “organizadas”; esto es, definen en términos cognoscitivos, afectivos y relacionales para darle sentido al “estar juntos” y a los fines que persiguen. Cada vez que observamos a un número de individuos actuando colectivamente nos confrontamos con lo que llamo un sistema de acción multipolar. La acción colectiva no es un fenómeno empírico unitario, y la unidad, si existe, debería ser abordada como un resultado, no como punto de partida, no como evidencia sino como hecho que debe ser explicado. Los eventos en los que actúan colectivamente los individuos combinan diferentes orientaciones, involucran múltiples actores e implican un sistema de oportunidades y restricciones que moldean sus relaciones (Melucci, 1999, p. 14).

Los actores colectivos producen entonces las acciones colectivas porque son capaces de autodefinirse y al campo de su acción, lo que define Melucci como relaciones con otros actores, disponibilidad de recursos, oportunidades y limitaciones. La acción colectiva actúa según tres clases de orientaciones:

Aquellas relacionadas con los fines de la acción (el sentido que tiene la acción para el actor); aquellas vinculadas con los medios (las posibilidades y límites de la acción) y, finalmente aquellas referidas a las relaciones con el ambiente (el campo en el que tiene lugar la acción) (Melucci, 1999, p. 15).

Los tres elementos (fines, medios y acción), están interdependientemente generando tensión en el sistema, tensión que busca ser superada a través de la acción colectiva por medio de la unidad duradera de esos tres elementos. Las funciones de liderazgo y las formas organizativas son la estrategia para dar un orden más duradero a los tres vectores, es decir, la capacidad de negociar y reestructurar los fines, los medios y la acción, permite determinar la capacidad de la acción colectiva de incorporar elementos que permitan generar nuevamente equilibrio dentro del sistema. Para Melucci (1999):

Cuando se observan fenómenos colectivos, generalmente la atención se enfoca sobre los aspectos más visibles de la acción (acontecimientos, movilizaciones y actos de violencia); sin embargo, estos aspectos visibles son manifestaciones de un proceso que opera en el campo analítico que acabo de delinear, y que normalmente es ignorado. Los eventos, las movilizaciones, las expresiones de descontento o entusiasmo pueden ocurrir, y seguir ocurriendo, porque el actor colectivo logra realizar cierta integración entre esas orientaciones que he señalado. Estos factores de tipo coyuntural (por ejemplo, oportunidades políticas, la presencia de agentes animadores, el grado de integración, o la crisis del ambiente, etc.) ciertamente contribuyen a la emergencia de fenómenos colectivos. Pero estos factores no podrían operar sin la capacidad del actor de percibirlos e integrarlos en un sistema de interacción y negociación de las orientaciones, respecto a los fines, medios y ambiente de su acción. (p. 20)

De esta manera las acciones colectivas logran interrelacionar las motivaciones personales de los actores con los fines propios de la organización social, constituyendo así un entramado que logra de manera negociada las demandas y los fines que constituyen la base de las reclamaciones.

Los movimientos sociales que agrupan las víctimas del conflicto armado colombiano pueden ser analizados como sistemas políticos,

desde los cuales se congregan o reúnen mujeres víctimas del conflicto, motivadas inicialmente por el sentimiento que genera la ausencia de un ser querido, empiezan a formar un colectivo que va construyendo su identidad desde el momento en que los intereses individuales se convierten en una lucha por un interés común: verdad, justicia, reparación integral y memoria histórica. Hasta su pertenencia al movimiento, las mujeres habían vivido de manera individual la desaparición forzada y sus efectos adversos sobre la propia vida, como lo ha advertido Tilly (Citado en Gil, 2006, p.13)

Uno de los problemas centrales, no resueltos completamente por las teorías de la acción colectiva, es el relacionado con la conexión entre el momento de la decisión individual y la implicación colectiva”. Lo que da también respuesta a la diferenciación que se hace entre movimiento social y acción colectiva desde Marisa Revilla, al concebir el movimiento social como un proceso de identificación colectiva, donde establece la diferencia entre la categoría de comportamiento colectivo: “acciones espontáneas y aisladas que canalizan la respuesta de diversos actores sociales a fenómenos determinados y el concepto de acción colectiva como acción conjunta de individuos para la defensa de sus intereses comunes (citado en Gil, 2006, p.13).

Es allí donde se ven claramente representados los individuos que se han visto afectados de manera directa o indirecta por actos violentos, buscando restablecer sus derechos por medio del reconocimiento de su posición de víctima; “proceso de identificación en el cual se articula un proyecto social que da sentido a las preferencias y expectativas colectivas e individuales” (Blanco, 1994, p.186). En este contexto, dichas expectativas y preferencias actúan como factores fundamentales para que la acción colectiva como tal se prolongue en el tiempo y logre impactar en otros ámbitos; frente a esto Tilly (Citado por Gil, 2006) plantea la importancia de las “circunstancias favorables para la supervivencia del grupo, la comunicación extendida entre partes vinculadas por un interés y las oportunidades para obtener ganancias sustanciales mientras sirve a los intereses colectivos” (p.12). Desde este planteamiento, los intereses comunes tales como: “buscar los familiares desaparecidos, víctimas del conflicto armado, sensibilizar al país frente a la problemática de la desaparición forzada, lograr el regreso de los desaparecidos, cuidar a personas desplazadas,

hacer posible la defensa y el respeto de los Derechos Humanos” (Programa Nacional de Naciones Unidas - PNUD, 2006).

Sumado a esto plantea Tilly (Citado por Gil, 2006) cuatro aspectos profundos de la acción colectiva:

1. Siempre ocurre como parte de la interacción de personas y grupo, antes que como una performance individual.
2. Opera dentro de los límites impuestos por las constituciones y prácticas existentes y los entendimientos compartidos.
3. Los participantes aprenden, innovan y construyen historias en el propio curso de la acción colectiva.
4. Cada forma de acción colectiva posee una historia que dirige y transforma unos subsecuentes de esa forma. (p.13)

De esta manera se pueden vislumbrar los colectivos de las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano como unas acciones colectivas que asumen dentro de unos “repertorios” bien establecidos y limitados que son propios de los distintos actores, objetos de acción, tiempos y lugares. Un colectivo que se construye a partir de sus propias particularidades que surgen de unas circunstancias específicas y que le dan un carácter único sin apartarse de los elementos, factores y condiciones que lo enmarcan como una acción colectiva. Los repertorios hacen alusión a las rutinas o acciones que logran la visibilización política como plantones, marchas, participación en coloquios o congresos a nivel nacional o internacional, uso de canales de comunicación radial o televisiva e incluso la participación como víctimas en el proceso de paz llevado a cabo en la Habana.

Las acciones colectivas de mujeres, víctimas del conflicto armado, han trazado sus fines enfocados desde la clasificación de lo oficial, según lo propuesto por Tarrow (1994) partiendo de procesos individuales y colectivos que han permitido su inclusión sociopolítica, al mismo tiempo que van determinando las oportunidades políticas y culturales que, como plantea el autor en efecto, sí son las oportunidades políticas las que traducen el movimiento en potencia en movilización.

Estas oportunidades políticas actúan en conjunto con los marcos ideológicos y culturales, entendidos como presupuestos y significados compartidos que justifican, dignifican y animan la acción colectiva y que se evidencian en las formas como se hacen visibles en la sociedad. Es así como el concepto de estructura de oportunidad política aunado a las interacciones como unidad básica de análisis de un sistema, permiten abordar los nuevos movimientos sociales como un sistema político, teniendo en cuenta que éste “se fija objetivos, se auto transforma y se adapta de manera creativa” (Easton, 1953, p.182). tomando los elementos constitutivos que operan en distintos niveles dentro de sí:

Elementos institucionales. Son los órganos e instrumentos que dirigen el sistema y cumplen la función de asignar valores a la sociedad. Actores institucionalizados, en que la sociedad se organiza para transmitir sus demandas, o influir, o modificar las decisiones de la autoridad. Los valores de los individuos y grupos sociales vienen a ser la cultura política. Otros sistemas políticos de carácter nacional. El escenario internacional (Easton, 1953, p. 81).

Entre estos elementos y sus procesos, se presentan relaciones dinámicas que determinarán la persistencia del sistema a partir del comportamiento de las variables fundamentales como son la conducta relacionada con la capacidad de tomar decisiones relativas a la sociedad, y la probabilidad de que sean aceptadas por la mayoría de los miembros como autoritarias (Easton 1953, p. 81).

### **Movimientos sociales de víctimas en contextos de violencia.**

La violencia como concepto estructurante de alta recurrencia y profundidad académica, deriva de múltiples disciplinas y perspectivas de análisis complementarias y divergentes. En este caso, ahondaremos en la violencia como concepto fundante de la coacción, la cual siendo amparada en un marco jurídico, obra como violencia política; de igual manera se analizará la relación entre las acciones colectivas y los contextos de violencia política.

Partiendo entonces de estos supuestos, es preciso ahondar en el fenómeno de la violencia no como episodio o acción, sino como contexto, *los contextos de violencia*, es decir, visualizar la violencia en virtud de las relaciones que ella

establece con las estructuras del poder, las cuales determinan sus manifestaciones y duraciones que se prolongan en períodos de tiempo.

Los contextos explicativos pueden ser asumidos como un conjunto específico multicausal de condiciones y situaciones políticas, económicas, sociales y culturales, que posibilitan la emergencia y explicación de un fenómeno violento, que genera entropía, al poner en desequilibrio el orden social, ya sea por el uso de la violencia o el uso de la fuerza. Los contextos de violencia “no es sólo entonces el entorno situacional del acontecimiento sino el entramado relacional que lo hace posible y entendible” (Agudelo, 2003, p. 24). A continuación analizaremos cada uno de los contextos de violencia.

## Homicidio

En el índice de riesgo de victimización, el homicidio es incluido para su estudio dentro del marco del conflicto armado colombiano en el eje temático de la vida, fundamentado desde la Corte Constitucional:

La vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones. La primacía e inviolabilidad de la vida le otorga a esta una especial protección constitucional; su desarrollo en la Carta de 1991, como principio, como valor y como derecho, refleja la importancia que se le atribuye dentro del ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, Sentencia T-1026 2002).

Dentro del desarrollo que del derecho fundamental a la vida ha realizado la Corte Constitucional, también se destaca que tiene dos ámbitos vinculantes para el Estado: los deberes de respetarla y de protegerla.

De manera general el homicidio se define como delito que consiste en causar muerte a una persona sin que exista premeditación u otra circunstancia agravante. A esta definición, se añade, a causa del conflicto armado una estipulación para las personas que son protegidas por el Derecho Internacional Humanitario<sup>3</sup>; para tal fin se define homicidio en persona protegida según el

3 Se entiende por personas protegidas: Los integrantes de la población civil; las personas que no participan en hostilidades; Los civiles en poder de la parte adversa; los heridos, enfermos o náufragos pues-

Código Penal Colombiano como: “El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia” (Congreso de la República, Ley 599 de 2000, art. 135) .

## **Desaparición forzada**

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Naciones Unidas. Derechos Humanos, 2009), define en la Cartilla para Víctimas la desaparición forzada de personas como:

La privación de la libertad de una o varias personas mediante cualquier forma (aprehensión, detención o secuestro), seguida de su ocultamiento, o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de dar cualquier información sobre la suerte o el paradero de esa persona, privándola así de los recursos y las garantías legales. La desaparición forzada constituye una violación de los derechos humanos cuando los hechos son cometidos por el Estado a través de sus agentes o a través de personas o grupos de personas que actúen con la autorización o apoyo del Estado. La desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad cuando, entre otras características, los hechos se cometan de manera generalizada (multiplicidad de víctimas) o sistemática (como parte de una práctica frecuente) (p.5).

Considerando entonces como víctima de desaparición forzada y teniendo en cuenta la normativa internacional, “a la persona desaparecida y a toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada, incluyendo así a los familiares de la víctima” (Naciones Unidas. Derechos Humanos, 2009).

De igual manera, en el marco del conflicto, el Código Penal la define como:

---

tos fuera de combate; el personal sanitario o religioso; periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; los combatientes que hayan depuesto las armas por captura rendición u otra causa análoga, quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados; y, cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los convenios de Ginebra de 1949 y de los protocolos adicionales I y II de 1977. (Art. 136, Código Penal. Ley 1257 de 2008).

El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley (Congreso de la República, Ley 599 de 2000, art. 165).

Cabe anotar que, en esta definición adaptada para efectos de reposición, sólo se contempla la desaparición forzada por parte de los grupos armados al margen de la ley, excluyendo a los agentes estatales que también han tenido participación en este tipo de victimización.

Según el informe publicado por el Centro de Memoria Histórica sobre la desaparición forzosa en Colombia en los últimos 40 años, el Estado tiene gran responsabilidad en este crimen, que “es quizá el crimen más impune de todos los cometidos en el marco del conflicto armado y del cual la casi totalidad de los familiares de las víctimas nunca acaba de recuperarse”, sostiene el grupo investigativo dirigido por Gonzalo Sánchez en su informe comentado en la Revista Semana; al respecto dice también:

Lo más grave, como muestra el informe, es que se trata de un delito cometido principalmente por el Estado y sus agentes, en alianzas con paramilitares o narcotraficantes. Desde las desapariciones, torturas y ejecuciones al amparo del Estatuto de Seguridad en los años ochenta, hasta los falsos positivos de fines de los años 2000, el papel del Estado y sus agentes en este crimen de lesa humanidad es notable. El informe analiza la evolución del delito en cuatro periodos y en cada uno de ellos es evidente la participación del Estado como perpetrador (Sánchez, 2014).

Aunado a esto, según este informe, es un delito que se ha venido cometiendo sistemáticamente en el territorio colombiano hace cerca de 40 años y sólo aparece en el Código Penal hace 14 años; situación que deja ver la improcedencia del Estado frente a este delito, la impunidad que lo rodea y la responsabilidad incluso en el manejo de las cifras, pues según este informe, ha sido imposible disponer de cifras veraces sobre desaparición forzosa.

El secuestro es el acto por el que se priva de la libertad de forma ilegal a una persona o grupo de personas, normalmente durante un tiempo determinado. En el ordenamiento jurídico colombiano, se define este delito como: “El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona”. De igual manera se reconoce con modo extorsivo cuando se ejecuta “con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político” (Congreso de la República, Ley 599 de 2000, art. 169).

Según el Registro Único de Víctimas, 37.000 casos de secuestro fueron registrados y aunque en un inicio los más afectados fueron élites económicas y políticos, éste delito terminó por propagarse en otros sectores de la población principalmente con fines lucrativos.

El secuestro fue en su mayor parte una vasta empresa criminal a la que la guerrilla le añadió un componente de chantaje político. Sobre 19.000 casos en los que se puede establecer la motivación, el 84% son extorsivos y el 12%, políticos. Es decir, casi 16.000 secuestros fueron para pedir un rescate y 2.200 por razones políticas. Sobre el monto exigido como rescate por los secuestradores hay datos para más de 16.000 casos. En casi una tercera parte de ellos los secuestradores exigieron un rescate de más de 1.000 millones. Pero en casi otro tanto pidieron menos de 100 millones. Y, si bien entre 1970 y 1995 la gran mayoría de los rescates exigidos por los perpetradores eran de más de 1.000 millones, en las décadas siguientes aumentaron mucho los rescates de menos de 100 millones. Indicadores que muestran que el secuestro en Colombia no sólo afectó a los ricos, sino a las clases medias e, incluso, a estratos medios-bajos (Sierra, 2013).

En consecuencia, el secuestro ha sido un delito que en el marco del conflicto armado se generalizó, al punto de convertirse en uno de los crímenes que han marcado el imaginario nacional y han afectado prácticamente todas las capas sociales. La realidad del secuestro en Colombia está fuertemente relacionada con los significados que éste ha adquirido, de acuerdo con miradas históricas, espaciales y socialmente constituidas por sus actores.

## Desplazamiento forzado de población

El desplazamiento forzado se puede considerar como una de las principales consecuencias de los conflictos. Enfrentamientos armados, amenazas directas, reclutamiento forzado de menores, violencia sexual, minas antipersonales, extorsión y atentados contra defensores de derechos humanos son las causas principales del desplazamiento. Colombia presenta un alto porcentaje de población desplazada; según el informe global (2015), presentado por el observatorio de desplazamiento interno, Colombia continúa siendo el segundo país del mundo en desplazamiento interno después de Siria y ocupa el octavo lugar por el número de refugiados en el exterior.

La Ley 1448 de 2011 define la víctima del desplazamiento forzado como:

Toda persona que se ha visto obligada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personal han sido liberadas o se encuentran directamente amenazadas (Gómez, 2014, p.76).

El fenómeno de desplazamiento forzoso va más allá de las simples cifras, es necesario considerar las consecuencias que esto genera para las víctimas como tal, pero también para los espacios que son escenarios de este fenómeno tanto los que actúan como receptores como los que son deshabitados.

Con relación a las consecuencias que genera este fenómeno, Francisco Gutiérrez (citado en Gómez, 2014) resume en pocas palabras esta calamidad:

Literalmente, millones de campesinos, sufrieron el robo y/o destrucción de sus pertenencias, su menaje doméstico y sus animales de granja. Estos millones que tuvieron que salir intempestivamente de sus tierras y/o poblaciones llegaron a las ciudades a vivir en ámbitos en lo que carecían de destreza y redes de protección para garantizar su supervivencia (p. 76).

A pesar de las acciones que ha emprendido el Estado para hacer frente a esta situación, no han sido suficientes para darles atención oportuna y diseñar políticas y estrategias que frenen el aumento de la población desplazada, como

una mínima intervención a las víctimas; puesto que otros factores de peso como el desarraigo que sufren estas poblaciones con su cultura y su entorno, las pérdidas materiales e intangibles, entre otras implicaciones conllevan a un cambio radical de sus dinámicas de vida.

## **Reclutamiento forzado ilícito**

Este tipo de victimización alude a las personas que fueron obligadas a participar directa o indirectamente en actividades subversivas contra el Estado. Desde la legislación colombiana, se habla de reclutamiento ilícito como una violación al DIH y se refiere al reclutamiento de menores o al hecho de obligarlos a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas.

Según el Centro de Memoria Histórica “el reclutamiento ilícito constituye un delito en el que los actores armados, en ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclutan civiles menores de dieciocho años, obligándolos a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas” (Gómez 2014, p.79).

En informes presentados por la Defensoría del Pueblo durante 2014, se advierte el riesgo de reclutamiento y utilización ilícita de menores de 18 años por parte de actores armados. “En lo corrido de 2014, la Defensoría del Pueblo ha podido registrar un total de 119 casos de niños, niñas y adolescentes que fueron víctimas de reclutamiento ilícito, perpetrados por grupos armados al margen de la ley” (Defensoría del Pueblo, 2015). Sin embargo, otras fuentes advierten también que en este caso de victimización, principalmente en las zonas rurales, inciden otros factores, además de la presencia de los grupos armados, la vinculación de uno o varios familiares al grupo ilegal, la pobreza extrema, la ausencia de oportunidades laborales para sus padres y escolares para ellos; lo que hace que más que obligados por los grupos, son obligados por las circunstancias; aquellas que sirven como aserción de la debilidad y ausencia del Estado en muchas de las zonas rurales del país.

A manera de conclusión se puede estimar que las víctimas son un reflejo de la complejidad del conflicto y deberían ser el enfoque principal del pos acuerdo. Es frecuente que los impactos de los conflictos violentos se midan

por el número de muertos y la destrucción material que estos provocan, sin embargo, Según el Informe de la Comisión Histórica

(...) la perspectiva de las víctimas pone en evidencia otros efectos incuantificables e incluso intangibles. Estos daños que han alterado profundamente los proyectos de vida de miles de personas y familias, han cercenado las posibilidades de futuro de una parte de la sociedad y han resquebrajado el desarrollo democrático. Cada historia personal se suma a una realidad de múltiples facetas difíciles de comprender; más aún porque se trata de un conflicto vigente en búsqueda de un pos acuerdo, cuyo panorama político es bastante complejo (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013).

Por otro lado, se evidencia que los diferentes casos de victimización, incluso los no mencionados en este apartado, son muestra fehaciente de que el conflicto social interno que ha vivido el país desde hace varias décadas, ha dejado al descubierto la fragilidad política, económica, social y de seguridad, en las que se encuentran ciertos sectores del territorio colombiano; situación que genera continuamente unas demandas al sistema que deben ser atendidas y resueltas eficazmente. En el siguiente acápite se pretende analizar cómo las políticas públicas son estrategias gubernamentales que se desarrollan para atender a las víctimas del conflicto social en Colombia, situación que busca resolver la entropía generada en el sistema político con el fin de restituir el equilibrio en dicho sistema.

### **Políticas públicas para víctimas en contextos de violencia**

Los estudios de las políticas públicas están ineludiblemente ligados a los paradigmas en los que se ha fundamentado el desarrollo y evolución de las Ciencias Sociales, de esta manera, las políticas públicas pueden rastrearse desde el Positivismo, el Neo Positivismo, el Racionalismo y Constructivismo. Para el caso colombiano, aunque ningún paradigma debe ser descartado en el plano del estudio de las políticas públicas, en lo que se refiere a la formulación y la práctica política, es preciso aludir a su condición de Estado Social de Derecho, puesto que el Estado colombiano se inscribe dentro del contexto social y el marco institucional, perfilando la administración pública como posibilidad de consecución del bienestar social, por lo que las políticas públicas deberían

ser aquellas herramientas de acceso a la calidad de vida, entendida desde la satisfacción de necesidades, el agenciamiento de capacidad y el cumplimiento de los derechos de la población. Los principios constitucionales que tienden al bienestar deben ser vinculados con los principios administrativos de planeación de la gestión pública y a la efectividad de los mismos. Esta dimensión de accionar público, permite la reflexión sobre el Estado en acción, máxime que el Estado en acción sea entendido no solo desde la visión de Estado Social de Derecho, sino desde el Estado como institución administrativa y burocrática.

Desde la incorporación en la Constitución Política de Colombia de 1991 del concepto de Estado Social de Derecho, se ha dado prelación a los Derechos Humanos que ocupan hoy un lugar importante en el orden legal y constitucional. El concepto como tal de Estado Social de Derecho lleva implícita la responsabilidad que asume éste frente al pleno cumplimiento de los derechos, así como el gobierno debe garantizar su acceso a toda la población sin ningún tipo de discriminación.

En el marco propio del conflicto armado colombiano donde se originan diversos movimientos sociales que buscan por medio de acciones colectivas generar unas demandas al Estado reclamándole el cumplimiento de sus obligaciones frente a los derechos, se ha hecho un intento por reconstruir el tejido social adoptando algunas medidas en favor de las personas que han padecido las consecuencias del conflicto armado, preparando así el camino para un reconocimiento político y social y una reparación integral de las víctimas.

Con respecto a esta situación, los movimientos de víctimas han sido relevantes, en la medida en que las víctimas del Estado, de la guerrilla y de los paramilitares se han organizado en colectivos, que, a través de marchas, manifestaciones, declaraciones, entre otras, hacen pública su experiencia; además de hacer uso también de todo este conglomerado simbólico como una forma para demandar sus derechos en el contexto del conflicto actual en Colombia.

Esto sugieren preguntas sobre las conquistas políticas que se han logrado y más concretamente para lo que el presente trabajo refiere, en cuanto a qué incidencia política han tenido los nuevos movimientos sociales en la toma de decisiones frente a los diferentes escenarios de violencia.

Para ello, es preciso retomar los diferentes escenarios de violencia mencionados como (homicidio, desaparición forzada, secuestro, desplazamiento, reclutamiento forzado) como situaciones constitutivas del ambiente del sistema, con el fin de revisar y considerar las acciones que ha emprendido el Estado concretamente en materia de políticas públicas.

Desde esta postura se puede ratificar la importancia que tiene como tal la voluntad política y el papel que juegan en este caso las acciones colectivas como grupos relevantes para la visibilización de la problemática y con capacidad de ejercer presión sobre la agenda gubernamental. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el proceso para establecer una agenda que promueva la formulación de una política pública para las víctimas, es una práctica que se construye desde un conjunto interinstitucional, donde son importantes tanto la actuación de las instituciones locales y nacionales, como de las entidades sociales, por lo que todas toman relevancia a la hora de construir la política pública.

Este planteamiento, permite adentrarse en la revisión particular de los di-

**Tabla 1.** *Política pública para reparación de víctimas del Conflicto Interno Armado*

Secuestro	Desaparición forzada	Desplazamiento forzado	Reclutamiento ilícito	Homicidio
Ley 986 de 2005, (Sistema de protección a las víctimas del secuestro)	Ley 589 de 2000	Ley 387 de 1997		
Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz)	Ley 1408 de 2010	Ley 812 de 2003	Ley 418 de 1997	Ley 1448 de 2011 (Ley de víctimas y restitución de tierras)
Ley 1448 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras)	Ley 1448 de 2011	Ley 1448 de 2011	Ley 1098 de 2006	

**Fuente:** elaboración propia

**Tabla 2. Política pública para proteger las víctimas por violencia de género**

Ley 1257 de 2008	Por la cual se adoptan normas que permiten garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección, atención y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.
Ley 1232 de 2008	Define la Jefatura Femenina de Hogar, como “una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social
Ley 1413 de 2010	A través de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado con el objeto de “medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país, como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas”
La Ley 1450 de 2011	A través del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, dispuso en su artículo 177 la adopción por parte del Gobierno Nacional de una política pública nacional de Equidad de Género para “garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género.

**Fuente:** elaboración propia

**Tabla 3. Elementos jurisprudenciales**

Sentencia T - 025	<b>Auto 092 de 2008</b>	“ ... adopta medidas para la protección a mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado”
	<b>Auto 237 de 2008</b>	“... valoración del cumplimiento de las órdenes impartidas en el Auto 092 de 2008 a Acción Social, dentro de las medidas adoptadas por el sector salud se encuentran tres programas: a. promoción de la afiliación al SGSSS y atención integral en salud; b. Abordaje psicosocial y salud mental; c. Prevención de la violencia sexual, intrafamiliar y comunitaria.”
	<b>Auto 251 de 2008</b>	“... proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes afectados por el desplazamiento forzado por causa del conflicto armado, en la búsqueda de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004”.
	<b>Auto 098 de 2013</b>	“... hace seguimiento a las acciones adelantadas por el Gobierno Nacional, en materia de prevención y protección de los derechos a la vida, integridad y seguridad personal de las mujeres líderes desplazadas y de las mujeres que, desde sus organizaciones, trabajan a favor de la población desplazada por el conflicto armado...”.

**Fuente:** Elaboración propia. Información extraída de CONPES 3784 “Lineamientos de la política pública para la prevención de riesgos, la protección y garantía de los derechos a las mujeres víctimas del conflicto armado”.

ferentes escenarios de violencia para determinar cuál ha sido el accionar del Estado frente a cada uno de ellos en particular. En las tablas 1, 2 y 3 se resumen los elementos que estructuran nuestro problema de investigación. Los contextos de violencia, las políticas públicas con las que ha dado respuesta el Estado ante los hechos de victimización y los productos.

Según los anteriores cuadros, es notoria la transformación del Estado para dar respuesta a través de un despliegue institucional enfocado en la prevención y atención integral a la población que ha adolecido cada uno de los insumos del sistema político en sus diversas manifestaciones, demostrado en la creación de políticas públicas de gran impacto como la Ley 589 (Congreso de la República, 2000), con la cual se tipifica la desaparición forzada como un insumo diferenciado del secuestro, lo que conlleva a reconocerla en un marco jurídico, en el que en primer lugar se tipifica penalmente diferenciándolo de otros delitos y en segundo lugar se da un fortalecimiento institucional desde la Ley 1408 de 2010, con herramientas y comisiones que propenden por dar celeridad en la respuesta a las demandas de la población que ha sido víctima de este flagelo, con lo cual se ha dado un reconocimiento a los movimientos sociales como agrupaciones que han trascendido lo simbólico, para configurarse como un actor político que ha sido tomado en cuenta en la estructuración y diseño de las políticas públicas. Sin embargo, su incidencia en la construcción de políticas públicas con enfoque de género aun es incipiente, esto debido a que no se ha consolidado una política pública diferenciadora para mujeres víctimas del conflicto, en tanto las políticas públicas existentes no reconocen a las mujeres como flanco principal del accionar violento de grupos institucionales y al margen de la ley, esto aumenta los índices de desigualdad en el tratamiento jurídico ante la justicia ordinal y espacial (JEP), desde esta perspectiva agrega (Justicia y Reparación para las mujeres víctimas del Conflicto Armado en Colombia).

(...) es imprescindible que el Estado colombiano asuma una perspectiva de género en todas las etapas del proceso de construcción de paz, especialmente en los procesos de reparación, no sólo porque la mayoría de las víctimas sobrevivientes son mujeres, sino principalmente porque a partir del reconocimiento de las múltiples formas de violencia contra ellas, las reparaciones se constituyan en una oportunidad para avanzar hacia una real igualdad de derechos entre los géneros (2010, p.10).

De esta manera, queda claro entonces que, aunque el avance jurídico para reparación de víctimas por vía administrativa y judicial es amplio, este es insuficiente para asegurar la reparación adecuada a las mujeres víctimas de las diferentes formas de violencia. A esto se le suma, el poco empoderamiento político de las mujeres. Según Justicia y Reparación para las mujeres víctimas del Conflicto Armado en Colombia (2010):

(...) De hecho, las mujeres víctimas con algún grado de conocimiento sobre sus derechos, sólo se limitan a la dimensión económica de la reparación individual, y lo hacen como víctimas indirectas o sobrevivientes, pero no acuden como víctimas directas por violencia de género. A estos límites por parte de las víctimas se suman las barreras de acceso a la justicia y, en consecuencia, la falta de goce efectivo de derechos como la reparación y la garantía de no repetición. Esto se evidencia no sólo en los procesos de reparación por los crímenes contra las mujeres, sino principalmente frente al tema de restitución de tierras. En conclusión, si existe alguna noción de perspectiva de género en el ámbito teórico en los procesos de justicia transicional, todavía no se ha manifestado en la práctica.

Estos elementos entonces posibilitan comprender los desafíos que representa para el Estado colombiano la superación del conflicto en el pos acuerdo en todo lo relacionado a las víctimas. Centrar los acuerdos en las víctimas desde una perspectiva de género permitiría una real reconstrucción del tejido social desde la reparación y el perdón como fines reales de la justicia especial para la paz (JEP).

## Conclusiones

Los movimientos sociales se enmarcan en la coyuntura sociopolítica iniciada en la época moderna, ellos nacieron de una sociedad que se debatía entre los deseos de las transformaciones sociales y la defensa del *statu quo* por parte de los grupos dominantes. El surgimiento de estas nuevas formas de asociación colectiva, permiten que actualmente las ciencias sociales viren sus miradas hacia el análisis de los movimientos sociales, buscando comprender el por qué los sujetos actúan colectivamente, cómo lo hacen y cuáles son los objetivos intrínsecos de sus agrupaciones.

La violencia como concepto estructurante de alta recurrencia y profundidad académica, deriva de múltiples disciplinas perspectivas de análisis complementarias y divergentes. Reflexionar sobre la violencia implicó recurrir siempre a las fronteras de la historia de la teoría política, de la construcción y deconstrucción de las organizaciones políticas, de las cuales parte la idea de la violencia fundacional, noción que se utilizó para explicar la estructuración de los conflictos derivados de la asignación del trabajo, la distribución del producto y la violencia que imprimía la voluntad del más fuerte.

Los nuevos movimientos sociales que agrupan a las víctimas han influenciado notiamente en la transformación estatal para dar respuesta a las demandas como víctimas del conflicto interno armado, una muestra de ello es la creación de la Ley 589 de 2000, con la cual se dio un tratamiento jurídico, político y social a la desaparición forzada, diferenciado su contenido y accionar al del secuestro, de esta manera su tipificación penal se hace en el marco de la vulneración al Derecho Internacional Humanitario, lo que posibilita reconocer este delito como un elemento diferenciador del sistema político, con lo cual a los movimientos sociales de víctimas mujeres se les reconoce un nuevo insumo diferenciador de víctima a otros delitos como el homicidio, el desplazamiento forzado y el secuestro. Sin embargo, se hace necesario establecer la reparación integral de víctimas desde un enfoque de género, esto debido a que la violencia y la discriminación son conceptos presentes en la construcción histórica de la cultura colombiana, elementos que se agravan en el marco del conflicto, ya que la mujer es re victimizada por su condición sexual, en aspectos que confluyen como violencia de género, violencia sexual y sometimiento simbólico en los roles sociales.

Colombia debe responder desde un bloque de constitucionalidad que de nacimiento a las políticas públicas con enfoque de género, toda vez que se debe dar respuesta a las exigencias internacionales en materia de reparación, con lo cual las víctimas femeninas deben encontrar respuesta en el Estado a las diferentes victimizaciones a las que fueron sometidas, es decir las mujeres deberán ser reparadas a través de procedimientos judiciales y administrativos que den respuesta a cada una de las violaciones a sus derechos humanos.

Este trabajo cuyo objetivo era la incidencia de los movimientos sociales en la construcción de políticas públicas abre caminos analíticos para futuras investigaciones, desde las cuales se pueda ahondar en enfoque de género de la

población LGBT, agrupados también en movimientos sociales, las asociales de mujeres víctimas del Conflicto Interno Armado puede servir de espejo para recorrer un camino de reconocimiento de derechos y construcción social de la paz a través de la reparación integral desde una perspectiva de género.

## Referencias bibliográficas

- Agudelo, S.F. (2003). Momento y Contexto de la violencia en Colombia. *Revista Cubana de Salud Pública* 29 (1). Recuperado de: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34662003000100004](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662003000100004)
- Blanco, M. R. (1994). *El concepto de movimiento social: acción, identidad y sentido*. Madrid, España: Zona Abierta.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá. Imprenta Nacional
- Congreso de la República de Colombia. (18 de julio de 1997) *Ley 387* DO: No. 43.091. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=340>
- Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). *Ley 599*, por la cual se expide el Código Penal. Recuperado de: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>
- Congreso de la República de Colombia. (6 de julio del 2000) *Ley 589* DO: 44073. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14507>
- Congreso de la República de Colombia. (26 de junio de 2003) *Ley 812* DO: 45231. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8795>.
- Congreso de la República de Colombia. (25 de julio de 2005) *Ley 975* DO: 45 980. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17161>
- Congreso de la República de Colombia. (26 de agosto de 2005) *Ley 986*. DO: 46015. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17417>
- Congreso de la República de Colombia. (8 de diciembre de 2006). *Ley 1098* DO: 46446. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
- Congreso de la República de Colombia. (20 de agosto de 2010) *Ley 1408*. Sin

- DO. Recuperado de. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40201>
- Congreso de la República de Colombia. (10 de junio de 2011) *Ley 1448*  
DO: 48096. Recuperado de. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Tercera de Revisión. (2004) Bogotá. *Sentencia T-025 MP: Manuel José Cepeda Espinosa*. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=23380>
- Corte Constitucional Colombiana, Sala Quinta. (2002). Bogotá. *Sentencia T-1026*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-1026-02.htm>
- Easton, D. (1953). *Esquema para el análisis político*. Buenos aires, Argentina: Amorrortu.
- Gil, A. G. (2006). Acciones Colectivas en Contextos de Violencia Prolongada. *Estudios Políticos*. (29), 9-60.
- Gómez, E. P. (2014). *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. La Habana. Recuperado de [https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi\\_n%20Hist\\_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V\\_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf](https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Informe%20Comisi_n%20Hist_rica%20del%20Conflicto%20y%20sus%20V_ctimas.%20La%20Habana%2C%20Febrero%20de%202015.pdf)
- Justicia y Reparación para las mujeres víctimas del Conflicto Armado en Colombia. . (Septiembre de 2010). *Documentos del Departamento de Ciencias Políticas* .
- Laraña, E. (1999). *La construcción de los movimientos sociales*. Madrid, España: Alianza.
- Melucci, A. (1999). *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. Ciudad de México, México: El colegio de México .
- Naciones Unidas. Derechos Humanos. (Marzo de 2009). *Informe anual de vulneración de Derechos Humanos*. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/HumanRightsDay2009.aspx>
- Programa Nacional de Naciones Unidas, PNUD (Ed).(2006). *Buenas Prácticas para Superar el Conflicto*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/HumanRightsDay2009.aspx>
- Puerta, A. (2006). La perspectiva de los nuevos movimientos sociales en las obras de Sydney Tarrow, Alain Touraine y Alberto Melucci . *Estudios Políticos* , 1-20.
- Sánchez, G (26 de mayo de 2014). Desaparecidos: el Estado el gran responsable. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/>

- desaparecidos-el-estado-el-gran-responsable/389173-3
- Sierra, Á. (20 de junio de 2013). Colombia: 39.000 secuestros en 40 años. *Semana*.
- Touraine, A. (2006). Los movimientos sociales. *Revista colombiana de sociología*(27), 255-278. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/7982/8626>
- Wieviorka, M. (2014). *Inauguración del evento movimientos sociales y ciudadanía*, 18 de septiembre de 2002. Universidad externado de Colombia: Cuadernos del Cids, 13-28.
- Tarrow, S. (1994). *El poder en movimiento, los movimientos sociales, la acción colectiva y la Política* . Madrid : Alianza Editorial .

# De la atención de urgencias en salud en Colombia

Carlos Arturo Ruiz<sup>1</sup>  
Jaime León Gañán Echavarría<sup>2</sup>

## Resumen

En Colombia ha sido un hecho notorio la configuración de la negación reiterada de la atención en urgencias en salud por múltiples motivos ajenos a los postulados de vida digna, trato humano, oportunidad de la atención y calidad, entre otros. En este sentido, son prolijos los casos de negativas de los servicios de salud vía urgencias en Colombia, al grado de llegar a llamarse como el “paseo de la muerte” a tan reiterados y nefastos eventos. Insucesos que se presentan en muchas de las veces por la misma estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o por su orientación morbi-céntrica, o por los fenómenos de corrupción al interior del mismo, o por la falta de una sólida estructura de control de los servicios de salud o por la falta de calidad que implica el aumento de eventos adversos en salud. Situaciones que han desbordado la capacidad real del derecho administrativo sancionatorio y que implican una necesaria tipificación de la conducta punible: omisión o denegación de la atención de urgencias en salud, como prevención o si es necesaria como sanción penal del infame “paseo de la muerte”.

**Palabras clave:** atención de urgencias, evento adverso, corrupción, anticorrupción.

---

1 Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en derecho penal de la Universidad Libre de Bogotá, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Bogotá, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit, Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Santo Tomás en Convenio con la Universidad de Salamanca, Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás, Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. Orcid: 0000-0001-9755-2909, E-mail: caruiz@americana.edu.co

2 Tecnólogo Deportivo del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Estudios Posdoctorales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana. jlechavarría@americana.edu.co. ID Orcid: 0000-0002-6873-8744.

## Breach in urgent health care in Colombia

### Abstract

In Colombia, the characterization of the repeated denial of urgent health care as a result of the multiple reasons behind the tenets of a dignified life, humane treatment, opportunity of the care and quality, among others, has been a notorious case. In this sense, the cases of denial of health care in emergencies, in Colombia, are long-winged, to the extent of being called as “the death ride,” which are repeated and adverse events. Unfortunate incidents, which in many cases, are the result of the same structure of the General System of Health Social Security, or as a result of its orientation centered on diseases, or due to corruption phenomena within the structure itself, or the lack of a solid structure of the control of health care, or the lack of the quality, which implies the increase of adverse events in health. Situations that have exceeded the real capacity of punitive administrative law, which implies a necessary characterization of the punishable act: Omission or denial of the urgent health care, as prevention, or whenever required, as criminal sanction of the so-called despicable “death ride.”

**Key words:** urgent care; adverse event; corruption; anti-corruption.

### Introducción

En Colombia, se han presentado como hechos generalizados que afectan a las personas que por enfermedad o accidentes consultan los servicios de salud, las siguientes situaciones:

En primer lugar, las instituciones de la red hospitalaria, tanto pública como privada, teniendo la capacidad instalada y sin justa causa, niegan a la persona en situación de riesgo, el acceso a la atención de urgencias argumentando falta de uno o algunos de los requisitos que supuestamente le habilita para acceder al servicio, a saber: no tienen contrato o autorización previa de la Entidad Prestadora de Salud (EPS) o de la entidad responsable de la autorización, faltan semanas cotizadas al sistema de salud, la empresa o empleador está atrasado en los pagos, se debe cancelar previamente la cuota moderadora o copago, entre otras.

En segundo lugar, el médico no realiza el examen en forma integral, no escucha al paciente, no le brinda educación sobre cuidados y signos de alarma y no establece una relación médico-paciente como acto médico institucional. En este sentido, al paciente no le hacen el tratamiento requerido por falta de ayudas diagnósticas y desconocimiento de antecedentes personales y familiares.

Por último, el afiliado lleva mucho tiempo de consulta en consulta, sin solución; y sin tener en cuenta su dolor, el médico no le receta los medicamentos que requiere. El médico le dice al paciente que los síntomas que presenta son normales para su edad o que éstos son generados por el alto nivel de estrés que maneja.

Todos estos eventos o barreras al goce efectivo del Derecho a la Salud restan calidad tanto a los servicios a que tienen derecho todas las personas en Colombia, como al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El hecho más notorio derivado de las barreras de acceso se conoce en diversos escenarios como el “paseo de la muerte”, esto es, una problemática en la cual los pacientes mueren por ser trasladados de un centro hospitalario a otro, por la negación de la atención en el hospital o por la atención tardía, entre otras múltiples causas, atribuibles la mayoría de ellas, a la negligencia institucional o al profesional de la salud quien omite, previo a la remisión del paciente, la clasificación de la persona para la atención de urgencias o *triage*, lo que ocasiona que esta no pueda recibir la atención de urgencias y con ello, su consecuente deceso.

Frente a esta situación, los órganos de control y vigilancia competentes se han visto obligados a adelantar, en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, investigaciones disciplinarias en las que han terminado sancionadas las EPS por negar el servicio de atención de urgencias. Sin embargo, no se ha logrado obtener que las entidades que prestan el servicio de salud y su personal mejoren el servicio y corrijan sus actuaciones para que no se sigan presentando las afectaciones a la vida e integridad de los pacientes ni se defraude al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por ello, ante la negativa en la atención de urgencias y la poca eficiencia del derecho administrativo sancionatorio para solucionar esta problemática, se hace necesario intervenirla mediante el sistema penal en su función preventiva. De allí, que han sido varios los intentos legislativos por tipificar la conducta

punible de omisión o denegación de la atención de urgencias en salud, entre ellos: mediante Decreto legislativo 126 del 2010, se adiciona al Código Penal colombiano el artículo 28 sobre el delito de omisión en la atención inicial de urgencias, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-302 de 2010 y el Proyecto de Ley 212 de 2015, por medio de la cual se hace una adición al Código Penal; se crea el tipo penal “omisión o denegación de urgencias en salud” y se dictan otras disposiciones, archivado por tránsito legislativo, persistiendo la necesidad de que el sistema penal intervenga en la solución al conflicto antes planteado, para acabar de esta manera el vacío de punibilidad que alrededor de ello existe.

En razón de lo anterior, se plantean en esta investigación las preguntas de si es necesario para Colombia crear el delito de omisión en la atención de urgencias y cuál debe ser el tratamiento jurídico penal de esta omisión, para verificar qué delito podría aplicarse o si es necesario tipificar una nueva conducta punible.

La respuesta al interrogante conduce a señalar de manera positiva la creación del delito de omisión en la atención de urgencias, de acuerdo con la siguiente argumentación: primero, la conducta de omisión de socorro consagrada en el artículo 131 del Código Penal colombiano no colma el grado de daño antijurídico que la conducta de negación del servicio básico de urgencias, cometida por parte del personal clínico y administrativo, genera tanto al bien jurídico individual de la integridad personal, como a la salud pública como bien jurídico tutelado.

Segundo, el alto índice de muertes generadas por la negación de la atención de urgencias indica de manera definitiva, que la norma de conducta consagrada en el delito de omisión de socorro está lejos de cumplir su función preventiva. De ahí, que para dar una respuesta adecuada a este fenómeno criminal se acuda al sistema penal, en su función de prevención general positiva, para lograr con ello, una concientización en el personal de salud, en especial, el adscrito a las EPS e IPS, para que se abstengan de poner en peligro el bien jurídico, mientras tengan capacidad de actuación, poniendo así, límite a las consecuencias de sus actos.

El abordaje de este problema en la presente investigación requirió en primer lugar, que se determinara el fenómeno de la omisión o denegación de la

atención de urgencias, describiendo sus causas y consecuencias. Así mismo, se analizó el tratamiento tanto doctrinario como jurisprudencial que en España se ha dado a este fenómeno, por ser este uno de los países que a la fecha ha tipificado la conducta como delito. Adicionalmente, se realizó una caracterización y conceptualización del bien jurídico de la salud, para terminar con un estudio de los elementos de la conducta punible creada bajo el Decreto Ley 126 de 2010 y del Proyecto de Ley 212 de 2015.

Cabe señalar, que entre los instrumentos metodológicos utilizados para recoger la información de la presente investigación se encuentran la ficha documental de análisis y la matriz de categorías. Estos instrumentos, corresponden a la perspectiva metodológica aplicada en la investigación la cual es de carácter descriptivo y cualitativo, en tanto trata de identificar la naturaleza, estructura y manifestación del fenómeno conocido a nivel social como *paseo de la muerte*.

Así las cosas, la ficha documental permitió dar cuenta de la doctrina relacionada con el tema; al tiempo que la matriz de análisis permitió registrar eventos y casos hallados sobre el *paseo de la muerte* como fenómeno de estudio, clasificándolos de acuerdo a unas categorías construidas de manera intencionada, a saber: fuente, lugar, fecha, actores afectados, entidad acusada, evento, causas y consecuencias.

A su vez, el marco teórico expone el tratamiento jurídico penal que se ha dado por parte de doctrinantes españoles, al comportamiento de la omisión en la atención básica de urgencias y la conceptualización y delimitación de la salud pública como categoría jurídica penal. Todo lo anterior, permitió esclarecer el fenómeno social y concluir que para la realidad colombiana es necesaria la prohibición penal en estos hechos.

Se intentará brevemente describir los principales puntos que se abordan en cada uno de los capítulos que construyen esta investigación.

En el capítulo uno, se presenta una caracterización histórica del funcionamiento de los servicios de salud en Colombia, en especial de la atención de urgencias, dando lugar a un análisis posterior que permite entender los factores generadores del fenómeno del *paseo de la muerte* y el tratamiento legislativo para controlarlo.

En el capítulo dos, se expone la evolución y los factores del derecho fundamental a la salud pública en el contexto internacional y nacional para llegar a conceptualizar y delimitar, en cada uno de sus elementos, el bien jurídico de la salud pública protegido en el título trece (XIII) de la Ley 599 de 2000.

En el capítulo tres, se advierte el tratamiento que la legislación española le ha dado a la omisión en la denegación de la atención básica de urgencias, único país que en la actualidad lo incluye como conducta punible. De allí, la pertinencia empírica y temática que representa el caso español para el desarrollo del presente estudio, pues la riqueza que contiene en el tratamiento del tema es factible de trasladar interpretativamente al contexto colombiano, como potencial factor de comprensión del fenómeno y de las posibles soluciones que desde la configuración del tipo penal se generan, para la claridad en la aplicación por parte del operador jurídico colombiano.

En el capítulo cuarto, se desarrolla el estudio de la estructura típica del delito de omisión en la atención inicial de urgencias, contenido en el Decreto 126 del 21 de enero de 2010 creado por el Gobierno colombiano bajo el amparo del estado de emergencia económica y social (Decreto 4975 de 2009) y del Proyecto de Ley 212 de 2015.

## **Incumplimiento de la atención de urgencias**

El presente artículo tiene como propósito detallar la problemática presentada en torno del incumplimiento de la atención de urgencias en Colombia, analizar tal situación, algunas de sus causas, como el fenómeno de la corrupción en el Sistema de Seguridad Social en Salud; y la forma en que se ha realizado el control de la prestación de los servicios de salud con el fin de reforzar el análisis que permita entrever los factores generadores del fenómeno del “paseo de la muerte” y de proponer la tipificación de tal conducta como punible.

## **Problemática**

Como ejercicio investigativo de acercamiento al fenómeno en cuestión, en el presente estudio se realizó un rastreo de información de prensa y de sentencias judiciales, a partir del cual se estructuraron 87 eventos o sucesos que

dieron cuenta de diversas situaciones en donde se vulneraron los derechos a la salud de los pacientes, por parte de centros hospitalarios, personal médico y EPS. Estas fuentes de información han servido de fundamento y base para advertir la magnitud de la crisis por la cual atraviesa el sector salud con sucesos, que van desde los distintos delitos de defraudación económica, hasta la manifiesta gravedad en la omisión de la atención de urgencias, la cual ha cobrado la vida de muchas personas en el país. Así, se evidencia en los datos recolectados que se presentan en la figura 1:

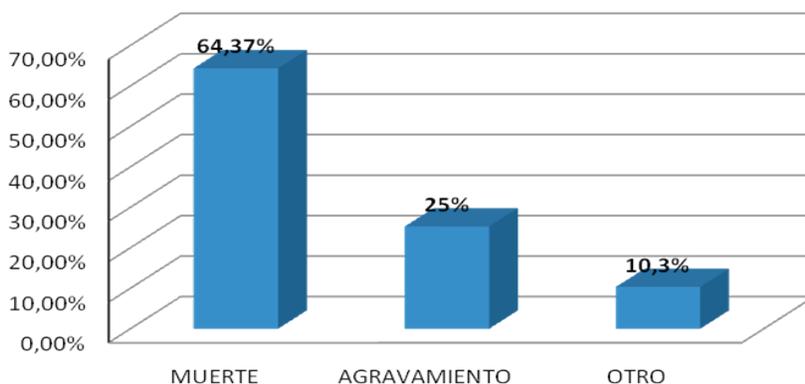


Figura 1. Consecuencias.

**Fuente:** elaboración propia.

Como se ve, el 64,37% de los casos analizados concluyeron con la muerte del paciente, al tiempo que el 25% llevó a un agravamiento de la salud del paciente y el 10,3% produjo nuevas enfermedades, deformaciones y riesgos para la vida.

Ahora bien, de acuerdo a la muestra realizada, el porcentaje de eventos de omisión en la atención básica de urgencias por ciudades se presenta en la figura 2 de la siguiente manera:

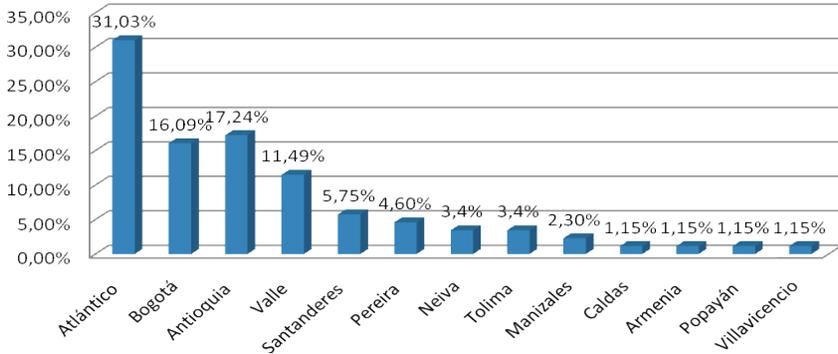


Figura 2. Ciudades con mayor incremento de casos.

Fuente: elaboración propia

Frente a las causas por las cuales tanto las EPS como las IPS negaron el servicio básico de urgencias a los solicitantes se hallaron los resultados presentados en la figura 3:

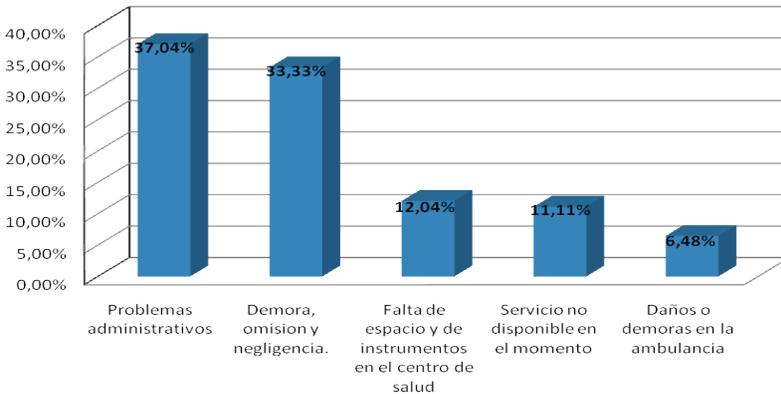


Figura 3. Causas de negación del servicio de urgencias.

Fuente: elaboración propia

Tal y como se evidencia en la muestra desarrollada, pese a los intentos de la legislación por procurar la estabilidad y pervivencia del sistema de salud, en la práctica se presentan diversas situaciones generadoras de distorsiones de la

misión del sistema, que, sumadas a la corrupción administrativa en diferentes esferas del Estado, y al entramamiento burocrático y tramitológico dan origen a los fenómenos de defraudación del sistema.

## **El evento adverso**

El deber ser de las instituciones que prestan servicios de salud es propender por el mejoramiento de las condiciones de salud del paciente y, en lo posible, por la recuperación de la enfermedad del usuario. Sin embargo, la prestación de los servicios de salud configura en sí mismos un entorno clínico que deriva en riesgos para el usuario o paciente distintos a los riesgos creados por la enfermedad, que se denominan en el argot científico y normativo como evento adverso.

Los eventos adversos son:

Los eventos que ocurren durante el cuidado clínico y que resultan en daño físico o psicológico secundario a iatrogenia y no al curso natural de la enfermedad o a condiciones propias del paciente. (...) Aquellos eventos adversos que no se pueden prevenir son generalmente llamados complicaciones o reacciones adversas (Franco, 2006a, p. 21).

De otro lado, Brennan (1991) expone el evento adverso como “daño al paciente que ha sido causado por el manejo médico más que por la enfermedad de base, el cual prolonga la hospitalización, produce discapacidad durante ésta en el momento de la salida o ambos” (citado por Kerguelen, 2007, 4-10).

Para poder mejorar los procesos de seguridad y calidad en la prestación de los servicios de salud, es necesario que cada institución habilitada para ello gestione clínicamente el contexto en que se presentan los eventos adversos, su naturaleza, sus consecuencias.

En los EEUU, los errores médicos causan la muerte de entre 48.000 a 98.000 personas y cuestan entre 17.000 y 29.000 millones de dólares al año y en el Reino Unido las infecciones nosocomiales evitables generan un costo de 1.000 millones de libras esterlinas al año y de los ocho millones de admisiones

850.000 resultan con incidentes que cuestan en estancia no pertinente 2.000 millones de libras esterlinas (Duarte, 2006).

De acuerdo con las cifras reportadas por la Organización Mundial de la Salud decenas de millones de pacientes en el mundo sufren lesiones o mueren como resultado de una atención médica insegura. Uno de cada diez pacientes en el mundo es afectado por errores clínicos. Un 70% de los eventos provocan una incapacidad temporal en pacientes, 14% de los incidentes clínicos y organizacionales son mortales, entre un 7% y un 10% de los pacientes experimentan un error relacionado con medicamentos. De ellos entre el 28% a un 56% son prevenibles.

De 16 000 millones de inyecciones administradas en el mundo, El 40% se administra con jeringas y agujas reutilizadas no esterilizadas, y en algunos países la proporción asciende hasta un 70%. (...) las inyecciones administradas sin las suficientes precauciones de seguridad causan 1,3 millones de defunciones al año y la pérdida de aproximadamente 26 millones de años de vida, debido a la transmisión por vía sanguínea de virus tales como los de las hepatitis B y C y el VIH. (...) El coste anual generado por las inyecciones administradas sin precauciones de seguridad se estima en US\$ 535 millones en gastos médicos directos (OMS, 2008, p. 1).

**Tabla 1.** *Comparativo de los eventos adversos en la atención en salud (OMS)*

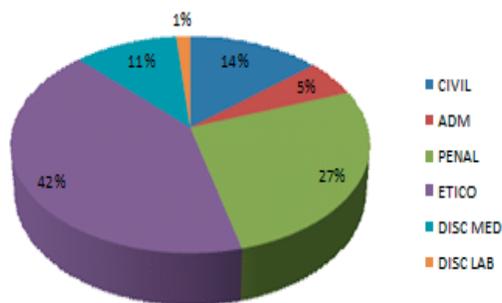
Estudio	Objeto del estudio (fecha de las admisiones)	Numero de egresos	Numero de eventos adversos	Tasa de eventos adversos
Estados Unidos de América (Estado de Nueva York, Harvard Medical Practice Study)	Hospitales para enfermos agudos (1984)	30 195	1 133	3.8
América (Utah-Colorado Study (UTCOS))	Hospitales para enfermos agudos (1992)	14565	475	3.2
América (Utah-Colorado Study (UTCOS))	Hospitales para enfermos agudos (1992)	14565	787	5.4
Australia (Quality in Australian Health Care Study (QAHCS))	Hospitales para enfermos agudos (1992)	14179	2353	16.6
Australia (Quality in Australian Health Care Study (QAHCS))	Hospitales para enfermos agudos (1992)	14179	1499	10.6

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	Hospitales para enfermos agudos (1999-2000)	1014	119	11.7
Dinamarca	Hospitales para enfermos agudos (1998)	1097	176	9.0

**Fuente:** OMS, 2001, p. 2.

En Colombia el Fondo Especial para Auxilio Solidario de Demandas de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (FEPASDE – SCARE), ha atendido 5794 procesos entre los años de 1993 – 2008. En los últimos años de cada 100 afiliados, el 14% ha tenido un evento adverso que llega a constituir caso médico legal. De igual forma, en el tema de responsabilidad tenemos que un 13% se presenta en el campo ético, 31 % en materia penal y un 6% en lo administrativo. En cuanto a la prestación del servicio médico, el 54% de los casos se han presentado en urgencias y 46% en servicios colectivos (Duarte, 2006).

### Proporción de Casos por Tipo de Responsabilidad 1993-2009 (N-5370)



*Figura 4.* Proporción de casos por tipo de responsabilidad 1993-2009 (N-5370)

**Fuente:** elaboración propia

LAS INSTITUCIONES DE SALUD COMO GENERADORAS DE RIESGO PARA LOS PACIENTES

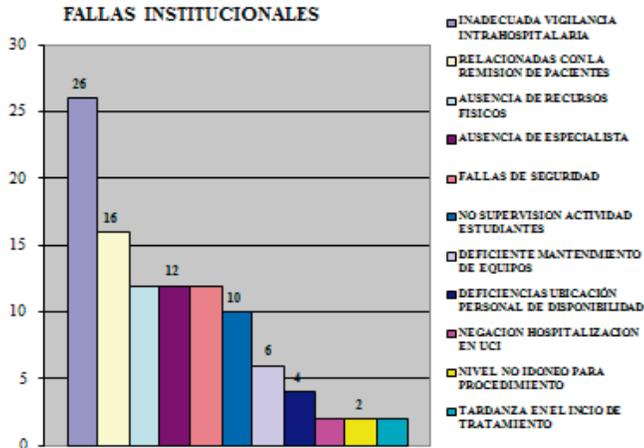


Figura 5. Las instituciones de salud como generadoras de riesgo para los pacientes

Fuente: elaboración propia

Para la gestión clínica y la delimitación de la responsabilidad legal es importante saber cuándo se está en presencia de un evento adverso. El evento se caracteriza porque hay un daño al paciente, este es involuntario y se ha ocasionado como consecuencia de la atención en la salud más que por la enfermedad y es de naturaleza evitable.

El primer elemento es la presencia del daño en el paciente. El daño del paciente se da en el contexto concreto de la prestación de los servicios de salud y, por ende, puede tener como foco de peligro la parte asistencial, clínica y/o administrativa; la temporalidad de la lesión física, psicológica o la carencia de secuela no descarta la presencia del evento. Por lo tanto, no ocurren al azar, son la consecuencia de un riesgo presente en los complejos procesos de atención en la salud (Acosta, 2008, p. 430).

Un segundo elemento es la no intencionalidad. La lesión es involuntaria y se puede presentar, por ejemplo, en el suministro del cuidado del paciente. El tercer elemento constitutivo, es el de daño causado por la atención en salud

y no por la enfermedad o patología de base. Es una falla en la ejecución de una conducta planeada según el diagnóstico médico o protocolo previamente establecido para ese tipo de eventos, o error de planeamiento para alcanzar determinado objetivo positivo en el paciente, es decir, algún miembro del personal de la salud cometió un error que daña al paciente, la lesión del cliente externo del servicio de salud no obedece al curso normal de la enfermedad, a su fisiología condición clínica (Herrera, 2011, p. 12).

La cuarta característica del evento adverso es la evitabilidad del error. Tal y como explica Luengas la evitabilidad del error surge de la sumatoria de los tres elementos anteriores y por ello está relacionado con el servicio prestado. Hay que conocer cuál fue el daño, cuál fue el error y la relación entre éste y aquel. Los eventos adversos no evitables se identifican porque el saber del campo médico no tiene capacidad de intervenirlos y por ello hacen parte de la investigación científica y los desarrollos tecnológicos (Luengas, 2009).

Existen modelos y herramientas de análisis que permiten explorar la causa del error durante el proceso clínico asistencial, uno de ellos es el Protocolo de Londres desarrollado en el Reino Unido que pretende facilitar los análisis de errores y eventos adversos evitables y lograr día a día un clima de mayor

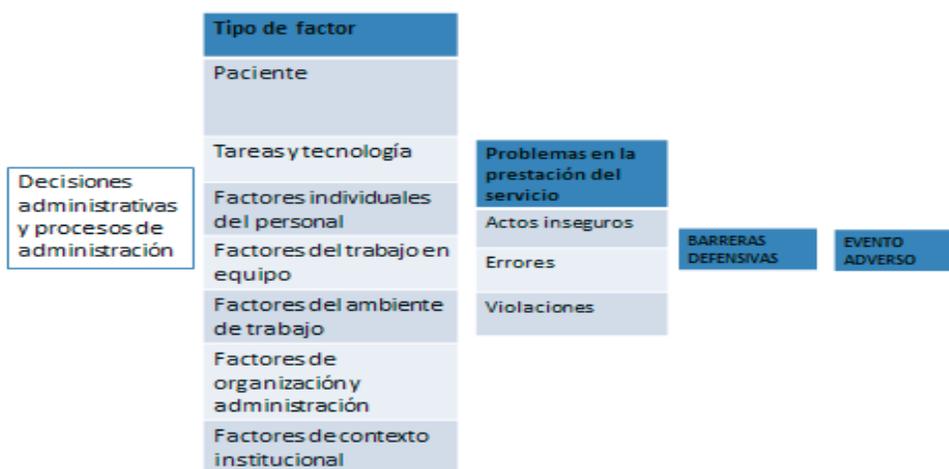


Figura 6. Protocolo de Londres.

**Fuente:** elaboración propia

seguridad del paciente. El modelo tiene en cuenta los siguientes aspectos: para qué reportar, qué reportar, quiénes reportan, las características del reporte, la clasificación del reporte, la gestión del reporte y la vigilancia y seguimiento a las acciones tomadas para el mejoramiento (Franco, 2006b).

En términos del docente Carlos Castro (2011), la corrupción en el Sistema General de la Seguridad Social en Salud y la no prestación del servicio inicial de urgencias se puede ubicar dentro del modelo del protocolo de Londres en el factor de organización y administración de la Institución Prestadora Del Servicio. De esta forma, se logra coherencia para analizar y determinar la responsabilidad del profesional de la salud derivada de un evento adverso (Castro, C. Comunicación Personal, 2011).

### **Corrupción en el sistema de seguridad social en salud**

La corrupción se define como el aprovechamiento de los recursos públicos o de la condición de servidor público en beneficio particular (Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013), o como la utilización de las relaciones de poder para obtener, recibir, solicitar bienes, servicios o beneficios a cambio de comportamientos o decisiones que afectan el interés colectivo y favorecen al particular o individual. Adicionalmente, el término incluye los siguientes tres elementos: uso antijurídico del poder, poder que tiene su fuente ya sea en el sector privado o público, beneficio privado que se puede extender en cada caso al núcleo familiar o colectivo de amigos (Garay, 2008).

Cuando la sociedad está permeada por la corrupción, el colectivo social más afectado se encuentra entre la clase social más desfavorecida, o los llamados “pobres históricos”, debido a que ellos no están en capacidad de pagar para acceder a los servicios, derechos o intereses que jurídicamente les pertenece. De ahí, que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción consagre en su preámbulo, que este fenómeno transnacional atenta contra “la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley” (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2004, p. 2).

En la actualidad, el concepto de corrupción se ha ampliado al sector privado, para referirse a conductas de funcionarios o directivos de entidades pri-

vadas que suponen el aprovechamiento de su posición con el fin de cometer defraudaciones o realizar sobornos. Según lo explicado por el investigador económico Garay (2008), la corrupción posee de acuerdo con el momento en el que aparece, las siguientes fases:

**Corrupción administrativa:** esta fase se origina en las primeras etapas del desarrollo normativo y regulatorio del Estado. Los actores corruptos buscan un aprovechamiento particular de lo público y persiguen un beneficio económico esporádico mediante la injerencia en la construcción y ejecución de leyes, reglas y regulaciones.

**Captura del Estado:** en esta segunda fase los actores legales (grupos económicos) e ilegales (mafias, carteles, organizaciones criminales y grupos armados ilegales) interfieren en la conducción del Estado en su propio beneficio y en perjuicio del interés general, en la expedición de leyes, regulaciones y decisiones judiciales, así como en la formulación de políticas públicas.

En este sentido, la corrupción se manifiesta mediante sobornos a funcionarios, financiación de campañas y partidos políticos por grupos económicos y actos de intimidación sobre funcionarios públicos. Asimismo, la captura del Estado es una forma de corrupción a gran escala que debilita la estructura económica del país, deslegitima la democracia, crea obstáculos para el crecimiento y el progreso económico, genera desconfianza en las instituciones y un grave riesgo para el Estado de Derecho.

En el año 2000, se preguntaba el senador Luis Guillermo Vélez Trujillo en una conferencia dictada a la Academia Nacional de Medicina ¿dónde están los dineros de la salud? En respuesta, explicó el senador que 10 puntos del Producto Interno Bruto (PIB) estaban comprometidos para la salud de los colombianos; si cada punto equivale a 1.9 billones de pesos, la suma total equivale a 19 billones, es decir, diecinueve millones de millones de pesos<sup>3</sup> (Portafolio, febrero 7 de 2018). Teniendo en cuenta esta suma, en su pronunciamiento el senador indagó ¿por qué tenemos en Colombia hospitales en quiebra unos y en grandes dificultades económicas los demás, con proveedores que no se les

3 El Según el actual director del Adres, son en total, 44 billones de pesos que tendrá bajo su cuidado la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) para el año 2018. El nuevo director ha dicho que uno de sus principales objetivos al frente de la entidad es lograr que tanto las EPS como las IPS, den cuentas de qué hacen con el dinero que reciben periódicamente por parte del Gobierno nacional.

paga oportunamente los dineros a que tienen derecho y profesionales insatisfechos por el monto de sus honorarios y sueldos? (Restrepo, 2007).

La respuesta para Vélez se encuentra en la siguiente evidencia: para las EPS la industria de aseguramiento en salud se presenta como uno de los negocios más rentables. Las EPS SaludCoop, Coomeva, Salud Total y la EPS SURA figuran entre las cien empresas más grandes en Colombia. En el 2008, las ventas para las EPS crecieron entre un 10.9 y un 37.9 %. SaludCoop registró una utilidad operacional del 184.4%, lo que la ubica en el puesto número 18 de las empresas más grandes del país. La tabla 2 muestra en el sector salud el orden que ocupan cada una de las EPS:

**Tabla 2.** Sector Salud

PUESTO SECTOR	EMPRESA	VENTAS 2008		UTILIDAD OPERACIONAL		UTILIDAD NETA		PUESTO 2008
		Dic. 2008	Var. (%)	Dic. 2008	Var. (%)	Dic. 2008	Var. (%)	
1	SALUDCOOP EPS (12)	2.966.884	21,1	120.141	184,4	24.092	12,2	18
2	COOMEVA EPS (18)	1.528.147	15,2	9.149	77,9	6.370	-46,1	30
3	SALUD TOTAL	819.226	16,9	-2.076	-149,6	10.043	-9,4	62
4	SUSALUD	687.460	15,3	-19.443	-855,7	-5.976	-154,0	78
5	EPS SANITAS	607.624	21,6	-6.335	-1,0	-5.608	-116,9	88
6	COLSANITAS	517.424	10,9	14.752	1,8	20.506	69,0	109
7	COOMEVA MEDICINA PREPAGADA (40)	344.158	11,6	2.369	133,6	2.791	150,8	170
8	CLÍNICA COLSANITAS	306.774	19,7	13.452	200,2	7.579	-8,1	183
9	COLMEDICA EPS	238.419	14,2	-746	-560,2	952	-31,4	244
10	COLMEDICA MEDICINA PREPAGADA	213.132	37,9	6.437	-29,6	6.421	-39,4	272

**Fuente:** tomada de Semana (2009, p. 224).

En un ambiente en donde el aseguramiento y la prestación de los servicios de salud se comprenden desde la óptica de la rentabilidad, se llega necesariamente a la tensión entre el derecho fundamental de la salud versus el ánimo de lucro de las EPS. Las EPS para mantener los márgenes de utilidad se valen de prácticas fraudulentas que oscilan entre prácticas de evasión, posponer y retrasar el acceso a los servicios de salud, exigir a sus usuarios la tutela como requisito previo para acceder a los servicios de salud, negar los servicios de salud a los afiliados, imponer barreras a los usuarios para que se desalienten y desistan de acceder a los servicios de salud (Universidad de Antioquia y Personería de Medellín, 2011, p. 153).

A esto, se añade el hecho de que el régimen subsidiado en salud ha sido manipulado por la politiquería o por la presión de grupos al margen de la ley (Restrepo, 2007). Hoy se comprende en manos de quién se encuentran estos dineros, la corrupción en este sector ha llegado a tal nivel que fue denominada por el presidente Juan Manuel Santos como “la cartelización de la salud”, con las EPS como responsables en calidad de autores o determinadores de este *modus operandi*.

De acuerdo al citado estudio de Garay (2008), la reconfiguración cooptada del Estado es una acción por la cual:

Las organizaciones legales e ilegales mediante prácticas ilegítimas, no necesariamente ilegales, buscan modificar el régimen político de manera sistémica e influir en la formación, modificación interpretación y aplicación de reglas de juego y de políticas públicas, con miras a obtener beneficios para su propio provecho y de manera sostenible, así como a lograr que sus intereses sean validados política y legalmente, y legitimados socialmente en el largo plazo, aunque éstos no obedezcan al interés rector del bienestar social (Garay, 2008, p. 96).

De lo anterior, se puede concluir que la corrupción en Colombia superó la primera fase explicada por Garay (corrupción administrativa), y que tiene características propias de la segunda (captura del Estado), dada la interferencia de actores legales e ilegales en diferentes esferas del poder público, en su propio beneficio y en desmedro del interés colectivo.

Sin embargo, el país ha estado en riesgo de ingresar a la fase de reconfiguración cooptada del Estado por causa de la acción de las mafias del narcotráfico y de los grupos armados ilegales. Un ejemplo de ello es el denominado “Pacto de Ralito”, suscrito entre comandantes paramilitares y líderes políticos...*para refundar la patria...y firmar un nuevo pacto social*.

En un contexto de corrupción generalizada, puede identificarse también una relación causal entre la generación de pobreza y la creación de barreras que impiden superarla; por ello, la corrupción es también origen de violaciones de derechos humanos, además de afectar el orden moral por cuanto degrada la ética social e infringe los derechos económicos y sociales al impedir el acceso equitativo a servicios públicos como la salud. El diario El Tiempo del 7

de diciembre de 2007, da cuenta de estos sucesos al registrar los siguientes datos de la Encuesta de Transparencia Internacional sobre corrupción a la hora de acceder a los servicios de salud 15 de cada 100 usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud pagaron sobornos para acceder a servicios a los que no se tienen derecho.

En este punto, parece claro que la debilidad de las instituciones públicas es uno de los principales generadores de corrupción porque frente a instituciones débiles e ineficientes los corruptos aprovechan para apoderarse de los recursos públicos, sin mayores controles y sin correr el riesgo de ser castigados por su comportamiento.

En relación con ello, un estudio realizado por la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, la Universidad Industrial de Santander, la Procuraduría General de la Nación y Colciencias concluyó que los problemas del SGSSS tenían un origen y connotación estructural. Subraya el análisis “las EPS en busca de maximizar la rentabilidad organizaron su propia red de servicios de salud, lo que hace que sean tanto administradoras del aseguramiento como prestadores de servicios” (Molina, Muñoz y Ramírez, 2009, p. 222)

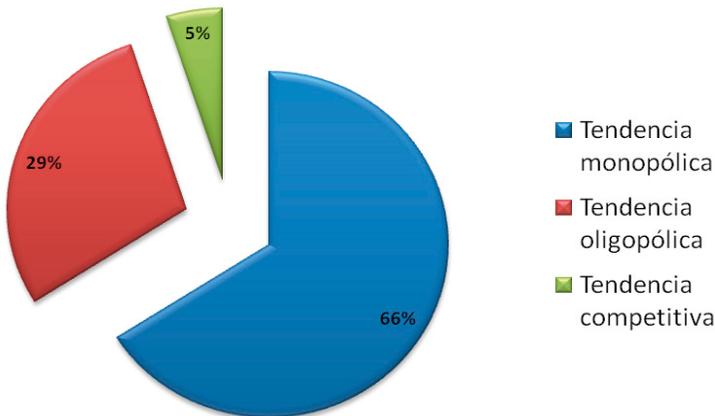


Figura 7. Comportamiento de las EPS en el mercado de 2010.

Fuente: adaptada de la Sentencia C-302 de 2010

Igualmente, el informe estableció que existe una hegemonía del mercado en el sistema de salud, así en el año 2010 se detectó que en el 66% de las cabeceras municipales

El mercado de aseguramiento del régimen contributivo de salud registraba una tendencia monopolítica, y en el 29% de los municipios, dicho mercado se comportaba bajo tendencias oligopólicas, solo el 5% de los municipios presentó un comportamiento competitivo de las EPS del régimen contributivo (Sentencia C-302 de 2010, Sección de “h) La Facultad Nacional”, párr. 7).

A su vez, el informe refleja que en “el 56% de los municipios del país se localiza para el régimen contributivo una EPS dominante, es decir, que controla más del 50% del mercado municipal” (Sentencia C-302 de 2010, Sección de “h) La Facultad Nacional”, párr. 7).

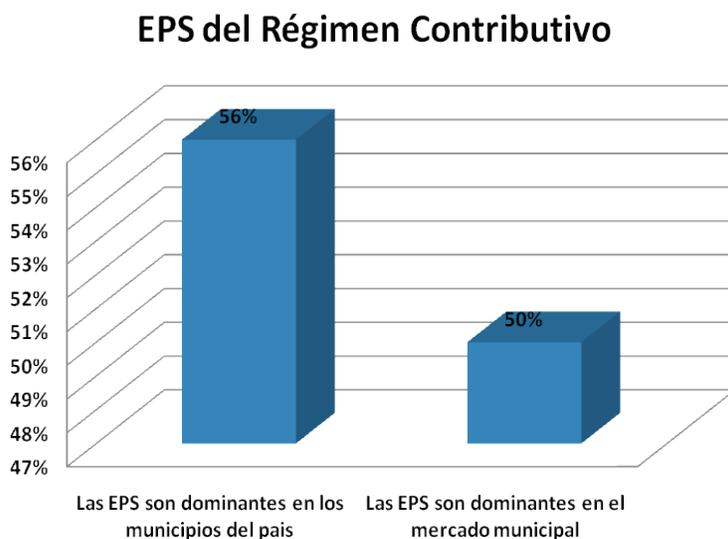


Figura 8. EPS del Régimen contributivo.

**Fuente:** adaptada de la Sentencia C-302 de 2010

En cuanto al régimen subsidiado dicho porcentaje asciende el 74% de los municipios.

## EPS del Régimen Subsidiado

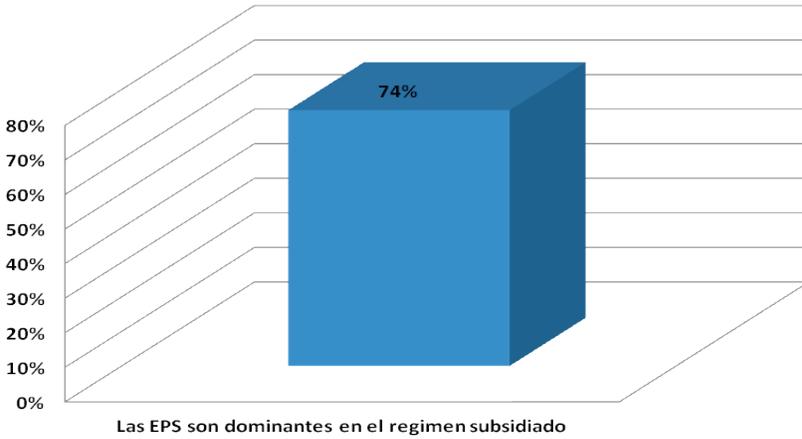


Figura 9. EPS del régimen subsidiado.

**Fuente:** adaptada de la Sentencia C-302 de 2010

Adicionalmente, el informe indica los riesgos para el SGSSS en los siguientes términos:

- a. Puede existir “desviación de recursos de salud: existe presión de los integrantes de los partidos políticos en el poder para la asignación de recursos en programas y proyectos que sean de su interés” (Molina et al, 2009, p. 71).
- b. El clientelismo reduce la capacidad operativa de los actores del sistema: “la omisión de los requerimientos del perfil técnico científico de los funcionarios públicos que van a ejercer funciones en las instituciones estatales” (Molina et al, 2009, p. 72).
- c. Se indican “los nexos entre los partidos políticos, las instituciones del Estado y los grupos económicos dueños de las aseguradoras en salud” (Molina et al, 2009, p. 72).

Relacionando la investigación de Garay Salamanca con las conclusiones del estudio antes citado podemos inferir que la corrupción al interior del sector salud presenta rasgos tanto de corrupción administrativa como de captura del Estado.

## El control de la prestación de los servicios de salud

Tal y como expone la OMS (2002) en la Resolución WHA55.18 en la que ordena a los Estados miembros a:

1. que presten la mayor atención posible al problema de la seguridad del paciente;
2. que establezcan y consoliden sistemas de base científica, necesarios para mejorar la seguridad del paciente y la calidad de la atención sanitaria, en particular la vigilancia de los medicamentos, el equipo médico y la tecnología (p. 1).

El 27 de octubre del 2004 la OMS hace el lanzamiento de la Alianza Mundial por la Seguridad del Paciente “ante todo no hacer daño” postulado de Hipócrates, cuya meta es coordinar y consolidar las iniciativas a nivel mundial para mejorar la seguridad del paciente.

A su vez, en Colombia la Ley 100 de 1993 definió los mecanismos necesarios para mejorar la calidad de los servicios de salud:

Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia (art. 153, núm. 9).

Y el Decreto 1011 de 2006 definió la seguridad en el proceso de atención en salud como el “conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias” (art. 3, núm. 3).

La reglamentación del Decreto se da mediante las resoluciones 1043, 1445 y 1446 de 2006 la cual adopta los indicadores de monitoria del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud, las anteriores complementan, profundizan y avanzan en la implementación del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en la Atención en Salud del SGSSS. La normatividad

está dirigida a las entidades prestadoras de Servicios de salud para que dispongan de un marco orientador de sus acciones que garanticen el ofrecimiento de un servicio con calidad.

La resolución 1043 de 2006 manifiesta que se deben cumplir ciertas condiciones para habilitar los servicios de salud, entre ellas se mencionan las de:

Capacidad tecnológica y científica: Son los estándares básicos de estructura y de procesos que deben cumplir los prestadores de servicios de salud por cada uno de los servicios que prestan y que se consideran suficientes y necesarios para reducir los principales riesgos que amenazan la vida o la salud de los usuarios, en el marco de la prestación del servicio de salud que se adoptan en la presente resolución. Comprenden: Recurso Humano, Infraestructura - Instalaciones Físicas-Mantenimiento; Dotación-mantenimiento; Medicamentos y Dispositivos médicos para uso humano y su Gestión; Procesos Prioritarios Asistenciales; Historia Clínica y Registros Asistenciales; Interdependencia de Servicios; Referencia de Pacientes y Seguimiento a Riesgos en la prestación de servicios de salud. Los profesionales independientes solamente estarán obligados al cumplimiento de las condiciones de capacidad tecnológica y científica en lo que les sea aplicable (art. 1, lit. a).

La resolución 1445 de 2006 define las funciones de la entidad acreditadora regulando los estándares de acreditación:

Para efecto de que el ente acreditador evalúe el nivel de calidad en la atención alcanzada por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, se adoptan los manuales de estándares que se señalan a continuación, los cuales se encuentran contenidos en el Anexo Técnico número 1 que forma parte integral de la presente resolución:

1. Manual de Estándares de Acreditación para las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios. -EAPB.-
2. Manual de Estándares de Acreditación para las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud Hospitalarias.
3. Manual de Estándares de Acreditación para las Instituciones

- Prestadoras de Servicios de Salud Ambulatorias.
4. Manual de Estándares de Acreditación para los Laboratorios Clínicos.
  5. Manual de Estándares de Acreditación para las Instituciones que ofrecen servicios de Imagenología.
  6. Manual de Estándares de Acreditación para las Instituciones que ofrecen servicios de salud de Habilitación y Rehabilitación (art. 2).

De igual forma, la Ley 1438 de 2011 demanda de todos los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la incorporación expresa de garantizar a los usuarios – fin y razón de ser del sistema – la atención de las condiciones del paciente en relación con la evidencia científica.

Objeto de la ley. Esta ley tiene como objeto el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país (art. 1).

Ello conlleva a que la prestación de los servicios deba estar orientado a mejorar el estado de salud de la población y para ello, lo asistencial debe tener las siguientes características:

- **Universalidad.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida (...)
- **Enfoque diferencial.** El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación. (...)
- **Calidad.** Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada.
- **Eficiencia.** Es la óptima relación entre los recursos disponibles para

obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población. (...)

- **Prevención.** Es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud.
- **Continuidad.** Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad (Ley 1438 de 2011, art. 3).

Para hacer realidad los principios anteriores, el legislador colombiano ordena definir e implementar un plan nacional de mejoramiento de calidad y establece los mínimos de dicho plan, así:

Garantía de calidad y resultados en la atención en el Sistema General de Seguridad Social de Salud. En desarrollo del principio de calidad del Sistema General de Seguridad Social de Salud establecido en la presente ley, y en el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud, se definirá e implementará un plan nacional de mejoramiento de calidad, con clara orientación hacia la obtención de resultados que puedan ser evaluados. Dicho plan contendrá como mínimo:

- La consolidación del componente de habilitación exigible a direcciones territoriales de salud, a los prestadores de servicios de salud, a Entidades Promotoras de Salud y a administradoras de riesgos profesionales, incluyendo el establecimiento de condiciones de habilitación para la conformación y operación de redes de prestación de servicios de salud;
- El establecimiento de incentivos al componente de acreditación aplicable a las instituciones prestadoras de servicios de salud, Entidades Promotoras de Salud y direcciones territoriales de salud.
- El fortalecimiento del sistema de información para la calidad, a través de indicadores que den cuenta del desempeño y resultados de los prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud, con el fin de que los ciudadanos puedan contar con información objetiva para garantizar al usuario su derecho a la libre elección (Ley 1438 de 2011, art. 107).

Y ordena al Ministerio de la Protección Social<sup>4</sup> establecer indicadores de salud:

Indicadores en salud. El Ministerio de la Protección Social deberá establecer indicadores de salud, tales como indicadores centinela y trazadores, así como indicadores administrativos que den cuenta del desempeño de las direcciones territoriales de salud, Entidades Promotoras de Salud, Administradoras de Riesgos Profesionales y de las Instituciones Prestadoras de Salud, con el fin de que los ciudadanos puedan contar con información objetiva que permita reducir las asimetrías de información y garantizar al usuario su derecho a la libre elección de los prestadores de servicios y aseguradores (Ley 1438 de 2011, art 108).

La Ley 1751 de 2015 reitera el principio de calidad e idoneidad profesional al establecer en el literal d) del Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud, que los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos. (Congreso de Colombia, 2015).

### ***Estatuto anticorrupción: Ley 1474 del 12 de julio de 2011***

En relación con el anterior aparte, cabe hacer referencia explícita al Estatuto Anticorrupción, que entre sus propósitos tiene, el de fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción. Respecto al sector salud, este estatuto consideró normas de naturaleza penal dirigidas a evitar que se continúe con la práctica de maniobras corruptas de naturaleza económica que atenten contra el SGSSS.

De acuerdo con el estatuto, un acto de corrupción se genera por infringir de manera activa o pasiva las reglas jurídicas. Para el caso de la salud, estas

4 Hoy Ministerio de la Salud y Protección Social.

corresponden a toda la normatividad reglamentaria de la seguridad social. No obstante, es de aclarar que desde esta normatividad no necesariamente la práctica de corrupción conlleva a una sanción penal. De allí, que el legislador viera la necesidad, de elevar a delito las acciones de corrupción adelantadas por los operadores del sistema de salud.

Ahora bien, pese a que las maniobras de corrupción están motivadas por ánimos ilícitos que se caracterizan por realizarse con la mayor discreción y ocultamiento a la opinión pública (Malem, 2002); el contexto en el que se presenta el Estatuto Anticorrupción se caracteriza porque tanto la ciudadanía como el gobierno nacional han venido identificando casos de EPS que:

- Han recibido el valor del recobro en algunos medicamentos del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) que excede el valor de venta del laboratorio.
- El número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios.
- Se presentan recobros de cuentas presentadas por personas fallecidas o cuya cédula no se corresponde y/o de medicamentos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), de uso común que debieron haber sido cubiertos con sus propios recursos.
- Se destinan los recursos del sistema a campañas políticas y acuerdos entre EPS que buscando aumentar sus ingresos de manera ilícita negaron de manera coordinada y sistemática servicios del POS a sus afiliados y luego recobraron al FOSYGA como no POS vía tutela o comité técnico científico.
- Se halló administración desleal por parte de los funcionarios públicos que en razón o con ocasión de sus funciones operan el sistema de salud, ordenaron pagos a peticionarios con tutelas falsas o a personas que nunca las solicitaron ni padecían dolencia alguna, así como pactos entre funcionarios estatales y empleados de algunas EPS para desfaltar el sistema de salud (Sentencia C-302 de 2010, Periódico el Pulso, 2011).

En los eventos de corrupción está inmerso un agente privado persona natural o jurídica o un funcionario que actúa como persona particular, que bajo el manto del pago lícito de las comisiones por el cabildeo de contratos enmascara una práctica de corrupción. CONFECAMARAS encontró para el año 2001 que en materia de contratación en el sector salud la corrupción tiene un

ascenso anual entre el 10% y el 13% de los valores contratados, lo que equivale a 250.000.000 millones de pesos (Universidad de Antioquia; Personería de Medellín, 2011, p. 163).

Ante estos hechos, el legislador penal colombiano mediante la amenaza privativa de la libertad personal pretende que todos los operadores del sistema de salud, pertenecientes tanto al sector público como privado adecúen sus actuaciones a la legalidad. Así, en el artículo 22 sobre la omisión de control en el sector de la salud, establece que los empleados o directores de entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Salud que omitan el cumplimiento de los mecanismos de control para ocultar actos de corrupción incurrirán en prisión de 38 a 128 meses (Ley 1474 de 2011, art. 22).

De igual forma, el Estatuto Anticorrupción crea el tipo penal de especulación y el agiotaje sobre medicamentos y dispositivos médicos, el cual tendrá una pena entre 5 y 10 años de prisión y multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (Ley 1474 de 2011, art. 19-20). Tipifica también, el delito de estafa en el sector de la salud, el delito de corrupción privada, administración desleal, utilización de información privilegiada, peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social, peculado culposo, fraude de subvenciones, entre otros.

**Artículo 15.** Estafa sobre recursos públicos y en el Sistema de Seguridad Social Integral. El artículo 247 del Código Penal tendrá unos numerales 5 y 6 del siguiente tenor: 5. La conducta relacionada con bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de este. 6. La conducta tenga relación con el Sistema General de Seguridad Social Integral.

**Artículo 16.** Corrupción privada. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 250A, el cual quedará así:

El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa

de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella.

Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años.

**Artículo 17.** Administración desleal. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 250B, el cual quedará así: El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 18.** Utilización indebida de información privilegiada. El artículo 258 del Código Penal quedará así: El que como empleado, asesor, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público.

(...)

**Artículo 23.** Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 399 A, el cual quedará así: La pena prevista en el artículo 399 se agravará de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.

**Artículo 24.** Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral. la ley 599 de 2000 tendrá un artículo 400A, el cual quedará así: Las penas previstas en el artículo 400 de la ley 599 de 2000 se agravarán de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.  
(...)

**Artículo 26.** Fraude de subvenciones. La ley 599 de 2000 tendrá un artículo 403A, el cual quedará así:

El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años. Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.

## Conclusiones

1. El fenómeno de la negación de los servicios básicos de urgencia a la población vulnerable que los solicita, se puede explicar debido al alto índice de corrupción al que han llegado los operadores del Sistema de General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), quienes se aprovecharon de su posición al interior del sistema para defraudarlo y enriquecerse ilícitamente, a través de la utilización antijurídica de su propia red de servicios.

2. Así las cosas, para la defraudación al acceso a la salud pública algunos operadores emplearon maniobras como la solicitud de requisitos no contemplados en la ley o previamente derogados, entre los que se incluyen: exigencia de un convenio previo para la prestación del servicio entre la EPS y la IPS, exigencia de pago anticipado del servicio alegando que la urgencia no la cubre el plan básico de salud, exigencia previa al usuario del registro o carné de afiliación para atender la urgencia, falta de semanas cotizadas al sistema o atrasos del empleador en los pagos de la seguridad social.
3. Todas estas situaciones generaron: inconsistencias en los sistemas de afiliación, falta de actualización de la base de datos con relación a pagos entre instituciones, demora en el traslado de un paciente de un servicio de un nivel a otro, daño de ambulancias o demora para prestar el servicio, mora en el traslado del paciente por falta de clínica disponible donde remitirlo, suspensiones de servicios de urgencias, entre otros.
4. En este contexto, resulta claro que detrás de la negativa de prestar el servicio inicial de urgencias, se esconde la intención de evadir la prestación de un servicio requerido por la población más pobre y vulnerable, y que, por ende, no le reporta una ganancia ni a corto ni a mediano plazo a las EPS e IPS respectivas.
5. La conducta de omisión de socorro consagrada en el artículo 131 del Código Penal colombiano, no colma el grado de daño antijurídico que la conducta de negación del servicio básico de urgencias, cometida por parte del personal clínico y administrativo, genera tanto al bien jurídico individual de la vida e integridad personal, como a la salud pública como bien jurídico tutelado.
6. De igual forma, el índice tan alto de muertes generadas por la negación de la prestación de los servicios básicos de urgencias indica de manera definitiva que la norma de conducta consagrada en el delito de omisión de socorro está lejos de cumplir su función preventiva. De ahí, que para dar una respuesta adecuada a este fenómeno criminal se acuda al sistema penal en su función de prevención general positiva, para lograr con ello una concientización en el personal adscrito

a las EPS e IPS para que se abstengan de poner en peligro el bien jurídico de la salud pública, mientras tengan capacidad de actuación.

7. La necesidad de consagrar una modalidad agravada de omisión de socorro en el Código Penal colombiano, busca un efecto preventivo general por medio del cual, las personas que prestan los servicios de salud sean conscientes de la atención inicial de urgencias. La norma de conducta contenida en esta descripción típica demarca el límite del comportamiento del profesional o personal de la salud. Por ello, cuando el actuar de estas personas sobrepasa las reglas jurídico-penales, deben asumir como profesionales y sujetos responsables las consecuencias tanto civiles como punitivas de su actuar.

## Referencias bibliográficas

- Acosta, N. (2008). *El derecho de la oferta de servicios de salud en Colombia y las autoridades administrativas en vía gubernativa*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Cárdenas, A. (07 de febrero de 2018). Bajar en \$700.000 millones el gasto 'No POS', meta de Adres. *Portafolio*. Recuperado de: <http://www.portafolio.co/economia/bajar-en-700-000-millones-el-gasto-no-pos-meta-de-adres-514046>
- Castro, C. (2011). *El Riesgo en la Prestación del Servicio de Salud*, presentación en Power Point, notas de clase.
- Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. [*Ley 100 de 1993*]. DO: 41.148. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)
- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [*Ley 599 de 2000*]. DO: 44.097. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- Congreso de Colombia. (19 de enero de 2011) Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [*Ley 1438 de 2011*]. DO: 47.957. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1438\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html)

- Congreso de Colombia. (12 de julio de 2011) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [*Ley 1474 de 2011*]. DO: 48.128. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)
- Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. [*Ley 1751 de 2015*]. DO: 49.427. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1751\\_2015.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html)
- Congreso de la República. (2009). *Proyecto de Ley 193 de 2009 Cámara: por medio de la cual se hace una adición al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal ¿Denegación de Salud¿ y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial
- Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). *Documento Conpes 167: Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción*. Bogotá: Imprenta Nacional. Obtenido de <https://goo.gl/VLUK9z>
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. (28 de abril de 2010). *Sentencia C-302 de 2010*. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008). *Sentencia T-760/08*. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0126\\_2010.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0126_2010.html)
- Duarte, W. (2006). Manejo de los efectos adversos, aspectos legales. *Revista Nuevos Tiempos*, 14(1), 72-85.
- Franco, A. (2006a). *Fundamentos de seguridad al paciente para disminuir errores médicos*. Cali: Universidad del Valle.
- Franco, A. (2006b). El reporte de eventos adversos: motor de la gestión clínica. *Revista Vía Salud*(38), 10-14. Obtenido de <https://goo.gl/4yZvx4>.
- Garay, L. J. (2007). *De la captura a la reconfiguración cooptada del Estado*. Corporación Transparencia por Colombia, informe anual, Bogotá.
- Herrera, K. A. (2011). *Caracterización de eventos adversos en la Clínica Universitaria Bolivariana*. Medellín.
- Kerguelen, C. (Octubre de 2007) ¿Qué Implica Hablar de una Cultura de Seguridad de Pacientes?: *Vía Salud: Gestión, Calidad y Logros*. (41): 4-10.

- Luengas, S. (2009). Seguridad del paciente: conceptos y análisis de eventos adversos. *Revista Vía Salud*(48), 6-21. Obtenido de <https://goo.gl/n7rCvm>
- Malem, J. (2002). *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa.
- Ministerio de la Protección Social. (03 de abril de 2006). Por la cual se establecen las condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención y se dictan otras disposiciones. [Resolución 1043 de 2006]. DO: 46271. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=20268>
- Ministerio de la Protección Social. (17 de mayo de 2006) Por la cual se definen las funciones de la Entidad acreditadora y se adoptan otras disposiciones. [Resolución 1445 de 2006]. DO: 46.271. Recuperado de [https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/OtraNormativa/R\\_MPS\\_1445\\_2006.pdf](https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/OtraNormativa/R_MPS_1445_2006.pdf)
- Ministerio de la Protección Social. (21 de enero de 2010) Nota de vigencia: Decreto Inexequible, *Sentencia C-302-10*: Por el cual se dictan disposiciones en materia de Inspección, Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones. [Decreto 126 de 2010]. DO: 47.599.
- Molina, G. (2009). Rol de los partidos políticos en la provisión de servicios de salud, Colombia 2007-2008. *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*, 27(1), 66-75. Obtenido de <https://goo.gl/YsGa6e>
- Organización Mundial de la Salud. (2001). *Documento EB109/9. Calidad de la atención: seguridad del paciente: informe de la secretaria*. Obtenido de <https://goo.gl/G5qD8L>
- Organización Mundial de la Salud. (2002). *Resolución WHA55.18. Calidad de la atención: seguridad del paciente*. Obtenido de <https://goo.gl/xSsWY2>
- Organización Mundial de la Salud. (2008). *Alianza mundial para la seguridad del paciente: la investigación en seguridad del paciente. Mayor conocimiento para una atención más segura*. Ginebra: Autor.
- Oficina de las Naciones Unidas Viena (S.F.) *Oficina de las Naciones Unidas Viena contra la Droga y el Delito (UNODC)*. Recuperado de: <https://www.unov.org/unov/es/unodc.html>

- Periódico El Pulso. (2011). Titulares. *Periódico El Pulso*, 12(153). Obtenido de <https://goo.gl/BbAUZN>
- Universidad de Antioquia; Personería de Medellín. (2011). *Experiencias y lecciones de un Observatorio de Salud en Colombia*. Medellín: La Carreta. Obtenido de <https://goo.gl/isWZuW>
- Presidencia de la República de Colombia. (03 de abril de 2006). Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. [Decreto 1011 de 2006]. DO: 46230. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19975>
- Restrepo, J. (2007). La calidad en la prestación de los servicios de salud: un imperativo por lograr. En *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, (25).

# Democracia en Schmitt y Kelsen: Igualdad y Libertad<sup>1</sup>

Manuel José Gómez Restrepo<sup>2</sup>  
David Jiménez Mejía<sup>3</sup>  
Adriana Patricia Arboleda López<sup>4</sup>

## Resumen

Hans Kelsen y Carl Schmitt abordaron el concepto de la democracia desde su propio pensamiento político en el contexto del periodo de entreguerras y de plena polarización política. En Hans Kelsen, la democracia se define bajo el valor del relativismo, mientras que, en Schmitt, solo se puede entender la esencia de este si se separa del liberalismo. Una definición de la democracia como “método” en contraste con una concepción antiliberal de la democracia como la “pura identidad entre gobernantes y gobernados” son al término de la discusión, el contraste entre ambos autores. Este trabajo es un acercamiento a la reflexión de ambos, encontrando en sus reflexiones argumentos valiosos para repensar los retos y problemas de las democracias actuales.

**Palabras clave:** democracia, Kelsen, Schmitt, libertad, igualdad, Weimar.

---

1 Una primerísima versión de este texto fue presentada en el Séptimo Congreso Latinoamericano de Ciencia Política ALACIP.

2 Politólogo Universidad de Antioquia. Abogado y Especialista en Derecho Público de la Universidad EAFIT. Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Docente investigador de la Corporación Universitaria Americana. Correo electrónico [mjgomez@americana.edu.co](mailto:mjgomez@americana.edu.co)

3 Abogado Universidad EAFIT. Economista Universidad de Antioquia. Correo electrónico [david.jimenez.mejia@gmail.com](mailto:david.jimenez.mejia@gmail.com)

4 Posdoctora en ciencias de la Educación con enfoque en investigación compleja y transdisciplinar por la Universidad Simón Bolívar Barranquilla-Colombia. Abogada conciliadora. Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo por la Universidad de Medellín, Colombia. Especialista en Derecho Administrativo. Magister en Derecho Procesal por Universidad de Medellín Colombia. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Americana. Mail: [aarboleda@americana.edu.co](mailto:aarboleda@americana.edu.co)

# Democracy in Schmitt and Kelsen: Equality and Freedom

## Abstract

Hans Kelsen and Carl Schmitt addressed the concept of democracy from their own political thought in the context of the interwar period and full political polarization. In Hans Kelsen, democracy is defined by the value of relativism, while in Schmitt; we can only comprehend the essence of it, if we separate it from liberalism. A definition of democracy as “method” in contrast of an anti-liberal conception of democracy as the “pure identity between rulers and ruled” are at the end of the discussion, the contrast between the two authors. This work is an approach to the reflection of both authors, finding in them valuable arguments for rethinking the challenges and problems of today’s democracies.

**Key words:** democracy, Kelsen, Schmitt, freedom, equality, Weimar

## Introducción

Durante el periodo de entreguerras, en Alemania se dio lo que ahora se conoce como la República de Weimar, un régimen político que existió en el periodo discurrido entre el Imperio Alemán y el Tercer Reich, en el que en un ambiente de libertad de pensamiento, pero al mismo tiempo de mucha polarización e inestabilidad política y social, escribieron y publicaron| sus ideas una gran cantidad de pensadores, cuya influencia en las teorías políticas, jurídicas, económicas y sociales se sigue sintiendo fuertemente hoy en día.

Dos de los autores que más brillaron en ese momento fueron Hans Kelsen y Carl Schmitt. Estos autores, entre muchos de los temas diversos que abordaron en su momento, escribieron y reflexionaron sobre la democracia: ¿Qué es exactamente la democracia? ¿Cuáles son sus componentes esenciales? ¿Es posible el ejercicio de la democracia?, con relación a estas preguntas fundamentales, ambos autores pensaron profundamente sobre el valor y alcance de esta, en la misma época y en el mismo espacio geográfico, pero lo hicieron desde posturas intelectuales opuestas, lo cual los llevó a diferentes respuestas a la pregunta por la democracia, lo que es su valor y esencia.

Por un lado, está Carl Schmitt, que estima que lo que define a la democracia es la igualdad, la identidad entre los que gobernados y los gobernantes, mientras que, por el otro, Hans Kelsen considera que lo fundamental de esta es el complemento entre igualdad y libertad, y que sin esto no se puede hablar de democracia.

Muchos de los problemas y de los retos de las democracias actuales podrían ser ya encontrados en las meditaciones de ambos autores, por lo que la aproximación a sus obras es conveniente, ya que en ellas se pueden encontrar pistas y respuestas que pueden servir para resolver estos problemas en las democracias actuales. Repensar la democracia a partir de los análisis de ambos autores no es volver a reflexiones que se consideran superadas por ser del siglo anterior. Por el contrario, el valor de repensarlos reside en que permite tener una mejor comprensión de los retos de las nuevas democracias. Preguntas como ¿Cuál es el valor y fundamento de la democracia? ¿Dónde reside su límite? ¿Cuál es el contenido de la democracia? fueron cuestiones que abordaron los autores en sus escritos y que se abordarán en este trabajo.

Este trabajo se divide en tres partes: en primer lugar, se abordarán las ideas de Schmitt sobre la igualdad como el fundamento de la democracia. Posteriormente, se estudiarán las ideas de Kelsen sobre el valor y la esencia de la democracia. Por último, en la conclusión, se contrastarán las ideas de ambos autores.

### **Schmitt, la igualdad como fundamento de la democracia**

El sistema político de la república de Weimar era el de un régimen de democracia parlamentaria y representativa. Schmitt la llamaba una democracia liberal. Es este tipo de democracia es la que estudia Schmitt y sobre la cual gravitan sus reflexiones.

Para Schmitt la democracia liberal es inherentemente inestable. Esto se debe a que es una unión de democracia y liberalismo, conceptos que en su base son antagónicos e incompatibles. Lo que termina causando para este autor la crisis del parlamentarismo “ya que por mucho que la democracia y el liberalismo puedan haber permanecido asociados durante un tiempo, como también lo

están el socialismo y la democracia, tan pronto como esta liberal-democracia llega al poder ha de decidirse por uno de sus elementos”. (Schmitt, 2008, p. 36)

Schmitt considera que ambos conceptos deben de ser separados para así poder entender la democracia moderna. (Schmitt, 2008, p. 22) Cuando los estudia por separado, el autor encuentra que “es necesario mirar al liberalismo como un sistema consistente y exhaustivamente metafísico” (Schmitt, 2008, p. 75), derivado del romanticismo individualista, que se basa en la existencia de unos derechos naturales innatos e inalienables, como el de la propiedad, el de la libertad de expresión, de agrupación y de prensa; la creencia en la representación directa en la política y, finalmente, la idea de que la discusión libre y abierta entre los representantes genera la verdadera voluntad general del pueblo. En resumen es un “pensamiento que coloca en el centro al individuo, lo que implica que la sociedad y el Estado solo se justifican por la utilidad que representan al ciudadano” (Martin, 2002, p. 15).

En esta lógica, Schmitt se ha entendido como un autor profundamente antiliberal. Mashke considera que existen tres motivos principales que explican este antiliberalismo: el meta-político o teológico, el de política interior, y el de política exterior:

El motivo meta político o teológico, viene de su catolicismo que busca luchar contra la modernidad y su expresión más significativa, el liberalismo del siglo XIX, que para él tendrán como consecuencia “la disolución del mundo en un nihilista, puro y simple “siempre-más- lejos”, en la confianza en la economía y en la técnica, en la moral humanitaria y en la discusión, cosas con las que poder evitar decisiones claras desde un punto de vista político y orgullosas desde un punto de vista ética, para arribar finalmente en el caos y en la guerra civil.” (Maschke, 2008, p. 17).

Su motivo de política interna se tratará con profundidad más adelante, pero por ahora basta decir que es la crítica al parlamentarismo liberal, su sistema de partidos y su incapacidad para representar fielmente la voluntad general. Por último, el motivo de política exterior tiene que ver con la lucha a los métodos genuinamente liberales de las potencias vencedoras que “ocultan lo político, conducen a la criminalización del enemigo y crean una insostenible situación de vacío entre guerra y paz.” (Maschke, 2008, p. 18) y al mismo tiempo que oprimen a los alemanes mediante la “dominación espiritual, la sugestión mo-

ral, la represalia económica y una pretendida actuación pacífica (la ocupación de Renania)” (Maschke, 2008, p. 17).

Todos estos motivos se pueden resumir en que considera al liberalismo como sinónimo de pluralismo, compromiso e indecisión; categorías políticas contra las cuales el autor estaba enfrentado, y consideraba que se contraponían a la dinámica propia de la democracia, que no tolera barreras o cualquier otra expresión que la limite

¿Qué es para Schmitt la Democracia? Para el autor, la esencia de la democracia es la homogeneidad, la idea de la “igualdad en sentido político”, de identidad, de la cual se desprende la “identidad gobernados-gobernantes”. Esta igualdad “es un concepto político y, como todo concepto político auténtico, debe relacionarse con la posibilidad de una distinción” (Schmitt, 1996, p. 224), es decir, cuando pueda diferenciarse con otros, cuando “existe el peligro de una desigualdad”.

En este sentido Schmitt reconoce lo mucho que le debe la teoría de la democracia moderna a Rousseau. Su teoría de la voluntad general está construida en la idea de la homogeneidad y de la identidad entre gobernantes y gobernados, ideas que retoma fuertemente el mismo Schmitt, pero al mismo tiempo critica a Rousseau por incorporar de “manera incoherente” a la democracia con el liberalismo, cuando fundamenta la legitimidad del Estado en un libre acuerdo, ideas completamente liberales según Schmitt. (Schmitt, 2008, p. 31 y ss.)

Para Schmitt “toda auténtica democracia consiste en que lo igual sea tratado como igual y lo desigual no. Por lo tanto, forma parte, necesariamente, de la democracia, primero, la homogeneidad, y, segundo –en caso necesario- la separación o la aniquilación de lo heterogéneo.” (Schmitt, 2008, pp. 22-23) Advierte por lo demás este autor que una “democracia puede excluir, dado que a la igualdad también pertenece siempre una desigualdad, a una parte de la población dominada por el Estado, sin dejar, por ello, de ser una democracia” (Schmitt, 2008, p. 24).

Cabe decir, por lo que pasó en Alemania nazi unos años después de que escribiera estas palabras que en Schmitt esta desigualdad no tiene nada que ver con cuestiones raciales, sociales o económicas sino plenamente políticas

(Schmitt, 1996, p. 225), ya que la igualdad, o la desigualdad como es el caso, es una categoría política. Además, según Balakrishnan, “Schmitt reconocía implícitamente que esta homogeneidad era siempre un estado provisional de cosas, porque nunca podría haber una reconciliación objetiva de los intereses en conflicto dentro de una comunidad política” (Balakrishnan, 2000, p. 71). Pero en general, como lo expresa Chantal Mouffe, a Schmitt no le importa de donde venga la homogeneidad: “Lo que importa es la posibilidad del trazado de una línea de demarcación entre aquellos que pertenecen al *demos* –y por lo tanto tienen iguales derechos– y aquellos que, en la esfera política, no pueden tener los mismos derechos porque no son parte del *demos*. (...) Es través de su pertenencia al *demos*, y no por la participación en una idea abstracta de “humanidad”, que los ciudadanos tienen garantizados iguales derechos en la democracia” (Mouffe, 2002, p. 10).

Schmitt estima que la igualdad política, sustrato o sustancia de la moderna democracia de masas, es la creación de una “identidad” u “homogeneidad” a partir de la amenaza siempre latente de lo que es desigual, extraño, heterogéneo. La amenaza de lo desigual es lo que da valor a la igualdad en una democracia. No es la identificación plena o totalizante lo que implica la igualdad. Esta crítica a una igualdad universal o una igualdad de la humanidad es clara en los textos de Schmitt ya que este tipo de igualdad es una idea liberal, que carece de sustancia, ya que al generalizar a toda la humanidad pierde completamente la oportunidad de poder distinguir entre categorías políticas, lo cual es la base de la política.

Una de las metas principales de todo el trabajo teórico de Schmitt es una definición del concepto de lo político libre de cualquier otra consideración, tanto económica, como moral o social y, para alcanzar esa meta, considera que “la única vía consiste en proceder a constatar y a poner de manifiesto cuáles son las categorías específicamente políticas” (Schmitt, 2009, p. 56). Encuentra Schmitt que la categoría política “específica, aquella a la que pueden reducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción amigo-enemigo” (Schmitt, 2009, p. 56). Esta distinción viene a ser la esencia de lo político. Por lo tanto, una igualdad que pierda la oportunidad de distinguir entre categorías sería vacía: “La igualdad de todos los hombres en cuanto personas no es democracia, sino un determinado tipo de liberalismo; no una forma de estado, sino una moral y una concepción del mundo de corte individualista y humanitario” (Schmitt, 2008, p. 31).

Para Schmitt la democracia plena no tiene tintes liberales, ni se asocia con el pensamiento liberal en ningún aspecto. La idea de la democracia reside en la identidad de los iguales políticamente, no en el concepto de individuo ni el de la “conciencia del individuo”. El pueblo, es en sí mismo un sujeto del Derecho público, una institución propia que sólo tiene sentido en el ejercicio público. Por lo tanto, éste no puede actuar como tal en la esfera privada, en un voto individual y secreto. Este es el motivo de política interno del alemán. Por lo claro que es Schmitt en este punto, vale la pena citarlo en extenso:

Que el pueblo sólo puede exteriorizar su voluntad de manera que cada ciudadano individual deposite su voto en el secreto más estricto y completamente aislado, o sea, sin salirse de la esfera de lo privado e irresponsable, bajo determinados “dispositivos de protección” y “sin ser observado” y que luego se registre cada voto individual y se calcule una mayoría aritmética, pertenece a las representaciones no democráticas, surgidas en el siglo XIX de su mezcla con los principios liberales. Con ello caen en el olvido verdades totalmente fundamentales, ignoradas, por lo visto, por la actual doctrina del Estado. El pueblo es un concepto de derecho público. El pueblo sólo existe en la esfera de la publicidad. La opinión unánime de 100 millones de individuos privados no constituiría ni la voluntad del pueblo ni una opinión pública. La voluntad del pueblo se puede exteriorizar igual de bien, e incluso mejor, desde un punto de vista democrático, mediante la *acclamatio*, mediante el hecho natural e incuestionable de estar ahí, que mediante todo ese aparato estadístico que se ha ido formando con tanta minuciosidad desde hace medio siglo. Cuanto más poderoso sea el sentir democrático tanto más seguro será el conocimiento de que la democracia es diferente de un sistema de registro de votos secretos. Ante una democracia directa, no sólo en sentido técnico, sino también vital, el Parlamento surgido a partir de razonamientos liberales aparece como una máquina artificial, mientras que los métodos dictatoriales y cesaristas no sólo se sostienen sobre la *acclamatio* del pueblo, sino que pueden ser incluso manifestaciones directas de una sustancia y una fuerza democráticas (Schmitt, 2008, pp. 38–39).

Aquí podemos encontrar la idea schmittiana de que el parlamento no refleja la igualdad política de la democracia, que este es un instrumento que tro-

pieza con la verdad del pueblo, la voluntad homogénea de los iguales, la cual no necesita de un mecanismo como el parlamento para expresarse.

Dice Schmitt, que para los liberales “El Parlamento solo será “verdadero” cuando la discusión pública sea tomada en serio y llevada a efecto” (Schmitt, 2008, p. 13). No obstante, encuentra Schmitt que en ese momento la realidad de la vida parlamentaria y la actuación de los partidos políticos, es llevada de una manera totalmente distinta, ya que las grandes decisiones políticas y sociales son llevadas no en una “confrontación pública de argumentos y contraargumentos ni el resultado de debates parlamentarios” sino en reuniones de “comisiones reducidas o reducidísimas de partidos o coaliciones de partidos” que deciden a puerta cerrada (Schmitt, 2008, p. 105). Considera este autor que el parlamentarismo actual no es más que una fachada para las decisiones que tomen los representantes del gran capital.

En Schmitt, la identidad entre gobernantes y gobernados no puede ser frenada por ningún mecanismo técnico social una vez se accede al poder democráticamente. Schmitt ve en el parlamento un invento exclusivamente liberal, sin sustancia, un aparato resultado del tecnicismo, un artificio anticuado que ya no cumple con la función que le atribuía la defensa liberal clásica, de que éste era el sitio donde se producían las mejores leyes, producto de la discusión pública y racional.

Si, por otro lado, se busca fundamentar el parlamentarismo en la toma de decisiones rápidas ya que por cuestiones de tamaño todo el pueblo no se puede reunir a decidir, por lo que se elige a un comité de personas de confianza (el parlamento), Schmitt responde que es más expedito elegir a un solo hombre de confianza, y se “justificaría, sin dejar, por ello, de ser democrática, un cesarismo antiparlamentario. Según esto, la idea de democracia no es específicamente la idea parlamentaria, y lo esencial no es que el Parlamento sea una comisión del pueblo o un colegio de hombres de confianza del pueblo” (Schmitt, 2008, p. 70).

Esta crítica al parlamento tiene que ver fundamentalmente, como se mencionaba más arriba, con su visión de la democracia como algo sustancial y no como algo procedimental. En el centro de la democracia está la identidad entre gobernantes y gobernados, “donde el que manda y el que obedece es el mismo, el Soberano” (Schmitt, 2008, p. 34). No se necesita entonces de ins-

trumentos o procedimientos como el parlamento, ya que éste es un centro de discusión, y en la homogeneidad no existe la discusión, porque la voluntad es única. Pero Schmitt realmente no analiza cómo se forma esta voluntad del pueblo, y considera que el problema es más bien una cuestión práctica, y que la genera quien tenga los medios para formarla:

(...) lo único que afecta a la identificación es una cuestión de orden real, a saber, la pregunta sobre quién dispone de los medios para formar la voluntad del pueblo: el poder militar y político, la propaganda, el dominio de la opinión pública a través de la prensa, las organizaciones de los partidos, de las asambleas, de los cursos de formación popular, de la escuela. Sobre todo, el propio poder político puede configurar previamente la voluntad del pueblo de la que él mismo debe surgir (Schmitt, 2008, 62).

Ésta voluntad se puede formar también por la simple verificación de la mayoría cuando existe una homogeneidad sustancial en todo el pueblo: “El método de formación de la voluntad por la simple verificación de la mayoría tiene sentido y es admisible cuando puede presuponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo” (Schmitt, 2001, p. 279).

En resumen, considera Schmitt, que la parte liberal y la parte democrática de la democracia liberal son incompatibles y se contraponen, ya que ambos tienen orígenes distintos, y esta contraposición es la que genera tanta inestabilidad en la República de Weimar. Para evitar esta inestabilidad se debe de elegir a una sobre la otra. Schmitt considera que la elección debe de hacerse en favor de la democracia, ya que es la verdadera representación del pueblo, donde existe una total homogeneidad entre gobernantes y gobernados. Considera que el liberalismo significa pluralismo, compromiso e indecisión, categorías que llevan a la inestabilidad. Estas son las razones que llevan a este autor a preferir la democracia sobre el liberalismo, que para Schmitt ya es inviable. El autor entiende que ésta debe prevalecer sobre aquél en tanto la dinámica de la democracia no tolera barreras de cualquier corte en la expresión o ejercicio de la misma.

## Kelsen, la libertad como fundamento de la democracia

A Hans Kelsen se le conoce principalmente por su teoría del Derecho y del Estado, y ha llegado a ser considerado incluso como el jurista más importante del siglo XX (Losano, 2005; Villar Borda, 2006). No obstante, aparte de jurista, fue un pensador que se preocupó profundamente por la política, y que “en las dramáticas repercusiones de la Primera Guerra Mundial, (...) fue uno de los pocos grandes intelectuales que defendió la democracia y la importancia de libertad, la lógica de la coexistencia democrática y el principio (liberal) de la libertad de expresión” (Lagi, 2011, p. 167).

Entre los escritos políticos de Kelsen destacan los textos en defensa de la democracia, entre ellos: *Sobre la esencia y valor de la democracia* publicado en 1920 con una segunda edición de 1929. La primera edición fue publicada en la revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (la misma revista donde unos años antes Max Weber había publicado *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*). La segunda edición fue publicada directamente en forma de libro, en un momento de “dramática soledad” (Lagi, 2011, p. 178), donde era una de las únicas voces que hablaba a favor de la democracia. Hay que tener presente que Hans Kelsen escribía a finales de los años 20 en Alemania, momentos antes de que subiera Hitler al poder, pero cuando ya estaban los fascistas en Italia y los Bolcheviques en Rusia. Eran momentos de gran agitación política en los que se criticaba fuertemente al parlamentarismo y las propuestas a la dictadura eran expresadas por la gran mayoría de los pensadores.

Para Kelsen ni el fascismo ni la dictadura del proletariado son una expresión teórica y práctica de lo que significa la democracia. Tanto el bolcheviquismo en Rusia, como el fascismo en Italia y Alemania en el siglo XX, son vistos por el autor como regímenes antidemocráticos, a pesar de que utilicen la fachada de ser “gobiernos democráticos y republicanos”, ya que se preocupan solamente por la concentración del poder en un solo partido y no por realización efectiva de la democracia (Kelsen, 1972, p. 465).

A diferencia de Schmitt, Kelsen señalaba que el valor de la democracia no residía solo en la igualdad, sino en la comunión y restricción recíproca de este valor junto con el de la libertad. Kelsen entiende a la igualdad como un valor

importante en la ideología democrática, ya que este es que un sentimiento primario del hombre en su vida social, “(...) del propio valer mediante el rechazo de la superioridad del valer del otro” (Kelsen, 2009, p. 39). Esta conciencia de sí mismo es la que impulsa al hombre de que nadie es superior a otro, esto es, “de que todos los individuos son iguales y de que nadie, en consecuencia, puede atribuirse naturalmente la facultad de mandar a los demás” (Squella, 1984, p. 51).

Ligado a este sentimiento primario de igualdad, esta uno de libertad, donde Kelsen considera que el individuo: “(...) protesta contra la voluntad ajena ante la que debe doblegarse la propia, contra el mal, en suma, de la heteronomía” (Kelsen, 2009, 39), es decir que “todo hombre desea sustraerse a cualquier voluntad ajena a la suya, para someterse únicamente a su querer propio” (Squella, 1984, p. 51).

Esta consideración va aparejada al entendimiento de que la vida en sociedad es algo ineludible en el mundo moderno, donde los hombres en la mayoría de los casos nacen en sociedades ya existentes. La única forma de entender entonces la libertad, es si entendemos que se transforma este concepto “de manera que, abandonando la negación absoluta del vínculo social, en general, y, por tanto, la negación del Estado, en particular” (Kelsen, 2009, p. 41), se trastoque en una exigencia dirigida a la sociedad conforme a la cual el orden social se genere conforme a la base de la voluntad de los mismos individuos que resulten sometidos a él. Esta libertad dentro del orden jurídico, dentro del orden estatal, se da cuando nos gobernamos a nosotros mismos, y por lo tanto la forma de gobierno que más se acerca a este ideal de gobernarnos a nosotros mismos es la democracia. “...todos deben ser libres en la mayor medida posible y, en consecuencia, libres por igual, es preciso que todos participen y en igual medida, en la formación de la voluntad estatal” (Kelsen, 2009, p. 212). Esta formación de la voluntad estatal, es una forma de hacer derecho, por lo tanto, la democracia sería una forma de hacer derecho (Kelsen, 2009, p. 41).

Kelsen considera que sólo existen dos formas de producir derecho: de arriba hacia abajo (autocracia) o de abajo hacia arriba (democracia). Por lo tanto, solo en un orden jurídico democrático puede existir libertad en la medida en que: “Si ha de haber Sociedad y Estado es necesario que exista un ordenamiento vinculante de la conducta reciproca de los hombres, que haya autori-

dad. Ahora bien, si hemos de ser gobernados queremos serlo sólo por nosotros mismos. La libertad natural se convierte en la libertad social o política” (Kelsen, 2009, pp. 41–42).

Esta concepción conlleva a la definición de “libertad política” del autor como una transformación de la libertad natural, como rechazo a la heteronomía, a una libertad en la que el propio sujeto sometido participa en la creación de ese mismo orden heterónimo y, en consecuencia, “...es políticamente libre quien, aunque sometido, sólo lo está a su voluntad propia y no a una voluntad ajena” (Kelsen, 2009, pp. 41–42).

No obstante, para Kelsen era claro que incluso un orden democrático entendido bajo este supuesto podría conllevar a la aniquilación total del individuo aun satisfaciendo la exigencia de la libertad democrática (Kelsen, 2009, p. 54). De allí que el autor señale que la igualdad entra a ser un concepto que complementa y restringe esta libertad política (Kelsen, 1989, 227), en el entendido de la idea de libertad como forma de participación en la producción normativa implica que todos deben poder participar por igual, garantizando siempre que cada individuo, como sujeto de poder en tanto contribuyen a la formación del orden jurídico, pueda ejercer esta forma de participación. La preocupación de Kelsen es que la mayoría no permita la participación de la minoría, por eso habla de la igualdad como concepto inherente a la libertad, y también del principio mayoría-minoría el cual se explicara a profundidad más adelante.

Para Kelsen, el parlamentarismo era la única forma real de llevar a cabo la democracia en la sociedad. En palabras del autor, “La existencia de la democracia moderna depende de que el Parlamento sea un instrumento útil para resolver las cuestiones sociales de nuestro tiempo (...) La lucha por el parlamentarismo era una lucha por la libertad política” (Kelsen, 2009, pp. 91–93).

En primer lugar, “la democracia en la que cree Kelsen es una democracia realista en la que son imprescindibles los partidos políticos” (Torres, 2007). Por lo tanto considera que estos son un elemento *sine qua non* de la Democracia: “Sólo desde la ingenuidad o desde la hipocresía puede pretenderse que la democracia sea posible sin partidos políticos. La democracia es, necesaria e inevitablemente, un Estado de partidos” (Kelsen, 2009, p. 73).

Continuando con el enfoque formal de la democracia, la pertenencia del individuo al orden jurídico es garantía de su libertad, del reconocimiento como sujeto del poder. Pero esta influencia en la formación del Estado

Sólo es seriamente posible si los individuos, con el fin de influir en la voluntad de la comunidad, se organizan en grupos definidos con arreglo a criterios de orientación política, de manera que, entre el individuo y el Estado, se interpongan estos colectivos que dan forma como partidos políticos voluntades de los individuos que comparten estas mismas convicciones (Kelsen, 2009, p. 72).

Una de las críticas que, en su tiempo e incluso hoy en día, se le hace al parlamentarismo es que éste no representa la “voluntad del pueblo”, ni los intereses de sus asociados, y que la representación constituye una quimera donde se le arrebató al pueblo su voluntad de decidir.

En los tiempos de este autor esta censura parecía ser el lugar común de todos los críticos. Kelsen cambia el sentido del debate. Sostiene que esta crítica proviene de que en la teoría política tradicional no hay suficiente claridad sobre la distinción entre “representación del Estado y representación del pueblo de la comunidad” (Kelsen, 2006, p. 78).

Considera este autor que la representación del pueblo por el parlamento es una ficción (Kelsen, 2009, p. 52) utilizada con fines inminentemente políticos (Kelsen, 1972, p. 402) considera este autor que no puede existir una verdadera representación del pueblo por parte del parlamento ya que la representación presupone que el representante está obligado jurídicamente a obedecer al representado, pero el parlamento no está obligado a obedecer al representado. Es por esta razón que Kelsen considera que:

Ninguna de las democracias a las que se da el nombre de ‘representativas’ es realmente representativa. (...) en casi todas las llamadas democracias ‘representativas’ los miembros electos del parlamento y otros funcionarios de elección popular, especialmente el jefe del Estado, no son jurídicamente responsables ante el cuerpo electoral (Kelsen, 1995, p. 344).

La propuesta de Kelsen es que no es necesario la ficción de la representación para encontrar el valor del parlamentarismo, al respecto señala que: “(...) la esencia del parlamentarismo también se puede determinar sin el auxilio de la ficción de la representación y justificarse su valor como un medio técnico-social específico para la creación del ordenamiento estatal” (Kelsen, 2009, p. 100). Es decir, que las ventajas de las técnicas sociales de división de trabajo, pueden justificar plenamente al Parlamentarismo sin necesidad de caer en mitos sobre representación o soberanía popular. Intenta de esta forma el autor advertir el peligro de aquellos movimientos que se declaraban profundamente democráticos no obstante sin contar, en su opinión, con los requisitos apropiados como para ser legítimamente considerados de esa forma, como lo hacía el Bolcheviquismo que habían proclamado una constitución que negaba de fondo la universalidad de los derechos.

Kelsen entiende el parlamento como una solución técnico-social en la formación de la “voluntad” del Estado. El orden social es sólo la formación de una serie de normas, preceptos, directrices que reglan la conducta humana, “(...) la llamada “voluntad” del Estado es sólo la expresión antropomorfa del orden ideal de la comunidad que, proyectado sobre una pluralidad de actos individuales, se manifiesta como su sentido” (Kelsen, 2009, p. 103). La “voluntad” del Estado no deriva de un proceso psicológico, ni puede ser la suma de la voluntad psicológica de muchos hombres, implica un proceso de producción normativa donde se parte de la hipótesis de la existencia de un orden general normativo que da competencia al órgano que finalmente produce la norma.

Señala este autor que antes que acabar con el parlamentarismo, lo que puede hacerse es mejorarlo, fortalecerlo. Ampliar la participación del pueblo

Podría intentarse la reforma del parlamentarismo fortaleciendo el elemento democrático. Si bien no es posible por razones técnico-sociales, que el ordenamiento estatal se forme en todos sus estadios directamente por el pueblo, si cabe hacerle participe en la legislación en mayor medida en lo que es común en el sistema del parlamentarismo, donde el pueblo queda limitado al acto de la elección (Kelsen, 2009, p.113).

Por otro lado, Kelsen deriva el “principio de mayoría” en una democracia en la libertad y no en la igualdad. Entender por qué más votos pesan más que

menos votos, o por qué la voluntad de la mayoría termina imponiéndose sobre la minoría no es cuestión de cuantificación de estos, porque no es posible mensurar las voluntades individuales,

únicamente la idea de que deben ser libres, sino todos, sí al menos tantos hombres como sea posible, es decir, que tan pocos hombres como sea posible deben verse en la situación de que su voluntad esté en contradicción con la voluntad general del orden social; lleva de una manera razonable al principio de mayoría (Kelsen, 2009, p. 52).

Como no es posible lograr una correspondencia total de la población, se debe de buscar un sistema que reduzca la distancia entre los que pertenezcan a la mayoría y los de la minoría. Ya que si no se hace el Derecho no sería más que la materialización de la voluntad mayoritaria. La solución propuesta por Kelsen es un sistema de representación proporcional que empodere la voz de las minorías y garantice la necesidad de procurar alcanzar acuerdos y compromisos en la formación de la voluntad del Estado. Para que esto funcione se necesita de un catálogo de derechos fundamentales que se les garantice a todos los ciudadanos. Esto es lo que el autor denominó: “principio mayoría-minoría” en una democracia parlamentaria, el reconocimiento a la minoría para que subsista la mayoría, el interés por protegerla, mantenerla, para que luego el resultado de la producción normativa fuese un compromiso, resultado de la integración de ambos grupos:

todo el procedimiento parlamentario, con su técnica dialéctico-contradictoria, construida sobre la base del discurso y la réplica, el argumento y la contradicción está orientado a la consecución de un compromiso, en ello radica el sentido propio de la mayoría en la democracia real, razón por la cual es preferible denominarlo principio de mayoría-minoría: como quiera que el conjunto de los sometidos a las normas se organizan esencialmente en dos grupos, la mayoría y la minoría, se crea la posibilidad en la transacción en la formación de la voluntad colectiva una vez que esta última ha preparado la integración habiendo obligado el compromiso, único medio a través del que puede formarse tanto la mayoría como la minoría (Kelsen, 2009, pp. 145–147).

Lo anterior corresponde a un análisis sobre la democracia desde un enfoque principalmente formal, entendida como un método, una forma de producción del Derecho. No obstante, Kelsen aboga completamente por la democracia, principalmente porque es el método más apropiado para favorecer la libre concurrencia de opiniones y doctrinas, donde la inteligencia y voluntad de los hombres puedan escoger la más conveniente

La democracia aprecia por igual la voluntad política de todos, como también respeta por igual todo credo político, toda opinión política, cuya expresión es la voluntad política, por ello brinda toda convicción política la posibilidad de manifestarse y de ganarse el ánimo de los hombres en libre concurrencia (Kelsen, 2009, p. 226).

## Conclusiones

¿Cómo se puede entender la democracia? En Kelsen, considera que la democracia es principalmente un método por medio del cual los individuos participan en la creación del derecho, mientras que Schmitt considera que la democracia es una serie de identidades, siendo la principal la identidad entre gobernante y gobernados.

Los dos autores inician su estudio de la democracia desde su propia ideología: Kelsen inicia sus reflexiones desde una posición de relativismo ético mientras que en el pensamiento de Schmitt tiene una fuerte impronta su concepción de la política como decisión y su posición antiliberal. Esto los lleva a considerar diferentes fundamentos a la democracia, para Schmitt la igualdad sería el elemento central de este concepto, especialmente la igualdad o identidad entre gobernantes y gobernados, mientras que Kelsen considera que el fundamento central de la democracia es la libertad atemperada con la igualdad, para que se respetaran los derechos de todos. Es aquí donde se expone el contraste entre ambos autores.

Kelsen concibe la democracia como un proceso de producción de derecho, es decir del orden jurídico, donde existe participación de los individuos. Aunque el autor reconoce que esta participación se limita a la elección de los órganos representantes del Estado, específicamente el Parlamento y el Jefe de Estado, mantiene que sigue siendo una forma de producir el derecho desde

abajo. Pero para Kelsen que este método de producción de derecho pueda ser considerada como democracia, tiene que cumplir con unos contenidos mínimos como lo son: respeto por las minorías, especialmente la prohibición de aniquilarla, existencia de derechos civiles para toda la población, división de poderes, pluralidad de partidos políticos, alternancia en los cargos públicos, entre otros. Si un Estado no se cumple con estos contenidos mínimos, Kelsen considera que no es un Estado democrático, por mucho que lo sostenga, esto sería una mera fachada.

En Schmitt, la democracia es una serie de identidades, “(...) la identidad entre gobernantes y gobernados, soberanos y súbditos, entre el sujeto y el objeto de la autoridad estatal (...) finalmente, identidad entre lo cuantitativo (la mayoría o la unanimidad aritmética) y lo cualitativo (lo justo de la ley)” (Schmitt, 2008, 57). Así, el valor de la democracia como entidad política reside en el valor político que Schmitt concibe de la igualdad: “Democracia es una forma política que corresponde al principio de la identidad (quiere decirse identidad del pueblo) en su existencia concreta consigo mismo” (Schmitt, 2008, 65).

Ambos autores también tienen opiniones encontradas con la figura del parlamento. Para Schmitt, el parlamento es una entelequia liberal que debe ser superada. Para Kelsen, las sociedades modernas justifican la existencia del Parlamento ya que es la única forma de poder tener una democracia real.

Puede plantearse que la confrontación entre ambos autores, entre muchos otros aspectos, reside en el fundamento que plantearon de la democracia: libertad vs igualdad. Ambos valores guardan un significado en específico dentro de su teoría particular. Prescindiendo de este aspecto y considerando que se abordó con claridad en los anteriores párrafos, la discusión entre liberalismo e igualitarismo, entre libertad e igualdad:

(...) tiene sus raíces en concepciones del hombre y de la sociedad profundamente diferentes: individualista, conflictiva, pluralista la liberal; totalizante, (...) y monista la igualitaria. Para el liberal el fin principal es el desarrollo de la personalidad individual, aunque el desarrollo de la personalidad más rica y dotada puede ir en detrimento de la expansión de la personalidad más pobre y no dotada; para el igualitario el fin principal es el desarrollo de la comunidad en su con-

junto, aun a costa de disminuir la esfera de libertad de los individuos (Bobbio, 1999, 40).

## Referencias Bibliográficas

- Balakrishnan, G. (2000). *The enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*. Verso. London: Verso.
- Kelsen, H. (1972). *Teoría General del Estado*. (L. Legaz y Lacambra, Trad.) México: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1989). Forma de Estado y visión del mundo. En O. Correas (Ed.), *El Otro Kelsen*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: UNAM.
- Kelsen, H. (2009). *De la esencia y valor de la democracia*. (J. L. Requejo Pagés, Ed.) Grafinsa: KRK ediciones.
- Kelsen, H. (2006). ¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin, traducido por Isolda Rodríguez Villegas y Joaquín Etoarena, Buenos Aires: Katz,
- Lagi, S. (2011). Hans Kelsen pensador político. Las dos ediciones sobre la esencia y el valor de la democracia (1920-1929). En M. Montoya Brand & N. Montoya Restrepo (Eds.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas*. (pp.165-194). Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Losano, M. (2005). Entrevista a Mario Losano, entrevista de Manuel Atienza. *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 28.
- Martin, V. M. (2002). *El Liberalismo Económico. La génesis de las ideas liberales desde San Agustín hasta Adam Smith*. Madrid: Editorial Síntesis.
- Maschke, G. (2008). Tres motivos en el antiliberalismo de Carl Schmitt. En *Carl Schmitt: Derecho, política y grandes espacios* (pp. 15–42). Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Montoya, M. (2011). El concepto de libertad en la Obra de Hans Kelsen. En M. Montoya Brand & N. Montoya Restrepo (Eds.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas* (pp. 95–134). Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Mouffe, C. (2002). Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal. *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, (10), 5–25.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (2001). Legalidad y Legitimidad. In H. O. Aguilar (Ed.), *Carl*

- Schmitt, teólogo de la política* (pp. 247–343). México: Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, C. (2008). *Los fundamentos históricos-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*. Madrid: Tecnos Editorial S a.
- Schmitt, C. (2009). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.
- Squella, A. (1984) Idea de la democracia en Kelsen. *Estudios Públicos*, (13), 47-60.
- Torres, I. (2007). Kelsen y la Teoría de la Democracia. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, (8).
- Villar, L. (2006). La teoría pluralista del Estado de Kelsen y la globalización. *Revista de La Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (333), 81–112.

# El antagonismo entre las nuevas lógicas del desarrollo y las consignas del Estado Social de Derecho<sup>1</sup>

Mateo Jaramillo Gallego<sup>2</sup>; Albert Yordano Corredor Bustamante<sup>3</sup>;  
Camilo Andrés Echeverri Gutiérrez<sup>4</sup>

## Resumen

Este texto expone las contradicciones políticas y sociales que representa para el Estado colombiano el cumplimiento de su deber constitucional de promover e impulsar el desarrollo económico del país, a la vez, que propugna por garantizar y por respetar las condiciones pluriétnicas y multiculturales de la nación consagradas en la Constitución de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente), donde, adicionalmente, se reconoce como un Estado Social de Derecho. Tal cuestión se ilustrará a partir del caso particular de 32 familias del centro poblado de la vereda Orobajo del municipio de Sabanalarga, Antioquia; quienes en el año 2014 se constituyeron en cabildo indígena y que, además, en razón de los impactos generados por la construcción del Megaproyecto Hidroeléctrica Ituango, deberán hacer parte de un proceso de reasentamiento involuntario.

---

1 En el marco de los hechos recientes que se suscitan en el proyecto Hidroituango en el departamento de Antioquia, desde el Centro de Análisis para la Paz y el Pos Acuerdo – Cappa, de la Corporación Universitaria Americana, ponemos este escrito académico a disposición de la comunidad académica y la sociedad en general para que, de manera informada, puedan hacerse un concepto de lo que representa este macroyecto, no solo desde el campo de la ingeniería, sino también la ardua labor que conlleva desde lo social y lo jurídico este tipo de apuestas al desarrollo.

2 Politólogo de la Universidad de Antioquia; Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; Candidato a MBA del Censa International College. Líder del Centro de Análisis para la Paz y el Pos Acuerdo – Cappa. Correo electrónico: centrodeanalisisdepaz@americana.edu.co

3 MBA en Administración de Empresas de Censa International College. Vicerrector de Extensión e investigador adscrito al grupo de Investigación GISELA de la Corporación Universitaria Americana. ORCID 0000-0002-8035-483. E-mail: albertycorredor@gmail.com.

4 Vicerrector General Corporación Universitaria Americana, Docente Investigador adscrito al Grupo de investigación GISELA. Orcid.org/0000-0003-0667-0913. E-mail: cecheverri@americana.edu.co.

Así pues, el objeto de estudio será abordado en 3 etapas. Una primera etapa describirá cómo ha sido la apuesta del Estado colombiano por el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y políticas que recaen sobre sí en materia de desarrollo económico, a través de la puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrica Ituango, el megaproyecto de generación energética más importante de la historia del país. Una segunda etapa se enfocará en señalar los derechos y las garantías que le compete al Estado colombiano auspiciar, como autoreconocido Estado Social de Derecho que deriva su legitimidad de la democracia, respecto de las reivindicaciones de las minorías étnicas nacionales, en este caso, frente al proceso de conformación del Cabildo Indígena Nutabe de Orobaajo. Finalmente, se evidenciarán las tensiones políticas y sociales que se han presentado entre las 32 familias del cabildo indígena Nutabe de Orobaajo y el Proyecto Hidroeléctrica Ituango, debido al proceso de reasentamiento de esta comunidad; la reivindicación de su territorio ancestral; la concreción de un megaproyecto de importancia nacional; y la dualidad de obligaciones que impone al aparataje estatal la proclamación del Estado Social de Derecho en la Constitución Política de 1991.

**Palabras clave:** desarrollo, gestión, crecimiento, equidad, Estado social de derecho

## Introducción

En la actualidad el pueblo colombiano es testigo de innumerables pugnas y tensiones de carácter político y social a lo largo de todo el territorio nacional. En estas se han tranzado diversos sectores sociales quienes reclaman la intervención del Estado en temas trascendentales como la restitución de sus tierras; el derecho al trabajo y a la protesta en oposición a las grandes multinacionales del sector extractivista; la reivindicación de sus tradiciones culturales y el respeto por sus territorios ancestrales.

No obstante, lo anterior, tal vez por la realidad social y económica que empuja a una gran proporción de la población a limitar su existencia a la búsqueda de su supervivencia en el día a día, aunado esto a los contextos de polarización y fanatismo ideológico que atraviesa el país, muy pocas veces se producen cuestionamientos de fondo sobre a estos procesos de confrontación

y correlación de fuerzas; muy pocas veces surge la pregunta ¿por qué se producen estas dinámicas?

Algunos sectores de la sociedad colombiana se verían tentados a afirmar, que tal situación es fruto del prolongado conflicto armado que pervive en el país, el cual ha abarcado, casi la totalidad de la geografía nacional, involucrando de manera cruenta a la población civil; despojándolos en la gran mayoría de los casos del ejercicio efectivo de sus derechos. Algunos más, se verían inclinados hacia la idea que las diversas dinámicas de conflictividad que se desarrollan entre el Estado y sectores sociales, se deben a cuestiones de carácter estructural como la desigualdad y la pobreza, las cuales hacen que el relacionamiento entre la institucionalidad y los sectores más vulnerables de la sociedad se presenten de manera recurrente en estado de tensión y oposición, al estar, en gran medida, la atención de sus necesidades supeditada a la existencia de recursos de inversión, que por naturaleza son limitados.

Si bien estos razonamientos cuentan con bastante asidero, este capítulo se enfocará en ilustrar a partir de un caso concreto, que tales dinámicas de tensión y de confrontación se deben también a las contradicciones presentes en nuestro marco jurídico a partir de la instauración de la Constitución Política de 1991, donde se proclamó a Colombia como un Estado Social de Derecho, y entre sus muchas disposiciones contempla obligaciones para el Estado como la promoción del desarrollo económico y la defensa de la riqueza multicultural y pluriétnica de la nación, las cuales, como se observará en el desarrollo de este texto, al sobreponerse en un mismo escenario pueden llegar a generar importantes tensiones políticas y sociales.

## **La obligación del Estado de generar desarrollo económico y el proyecto “Hidroeléctrica Ituango”**

### **El desarrollo económico y el Estado Social de Derecho en Colombia**

En la actualidad, los derechos económicos se han constituido en elementos esenciales del desarrollo social, político y cultural para los países. Se ha procurado que a partir de los mismos se alcancen principios como la igualdad, se generen oportunidades de desarrollo, se estimule a la sociedad para la puesta

en marcha de la solidaridad, y entre muchos otros objetivos, se genere progreso social. El Estado colombiano, tiene como deber constitucional, promover la actividad económica, en procura del cumplimiento de sus fines sociales. Para alcanzar este fin, se han consignado en la Constitución diversas disposiciones, alusivas al modelo de Estado, que inciden sobre la actuación de la administración y del Estado y en general sobre la economía (Cortés, 2009).

La Constitución Política de Colombia así lo estableció en su artículo 334, en el cual ha consagrado la obligación del Estado de establecer los lineamientos en materia económica:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Este modelo de Estado (Social de Derecho) señalado en el artículo primero superior, se caracteriza por el reconocimiento de derechos tanto individuales como colectivos (económicos, sociales, culturales), manteniendo una idea de propiedad privada, pero a su vez asumiendo la existencia de la función social de la misma; con un importante papel interventor por parte del Estado en todos los niveles, principalmente en materia económica. Este modelo responde a un principio ético en el cual se procura ofrecer de forma equitativa a todos los ciudadanos, oportunidades con respecto al acceso a los bienes básicos para la subsistencia del ser humano en razón de su dignidad como persona.

Cortés (2009), afirma que la expresión *Estado Social de Derecho*, proviene del constitucionalismo alemán (en la Ley Fundamental de Bonn del año 1949)

desarrollado en Europa posterior a la primera guerra mundial, entre los años 1920 a 1970. A partir de la década de los setenta del siglo XX, con el triunfo de las ideas neoliberales, este modelo comienza a ser objeto de amplios cuestionamientos y paulatinamente comienza a darse su desmonte en las democracias occidentales (Cortés, 2009). Como rasgos característicos del mismo es posible destacar:

1. Intervención del Estado en la economía para mantener el pleno empleo o garantizar un alto nivel de ocupación.
2. Provisión pública de una serie de servicios sociales, en función del cubrimiento de las necesidades humanas básicas de los ciudadanos en una sociedad compleja y cambiante (educación, salud, asistencia sanitaria, pensiones y vivienda), esto es, proveer la seguridad social en su sentido más amplio.
3. El Estado es responsable del mantenimiento de un nivel mínimo de vida, entendido como su derecho social y no como caridad pública; como un problema de responsabilidad colectiva hacia todos los ciudadanos de una comunidad nacional moderna y democrática (Cortés, 2009).

El modelo de Estado Social de Derecho, en el cual el Estado llegó a constituirse en garante y proveedor del bienestar social y colectivo, y que entra en crisis a mediados de los años 70, es retomado en la Constitución Política de Colombia de 1991, afirmando como consignas fundamentales “el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Asamblea Nacional Constituyente); a la vez que señala los principios que regirán la política social y económica; que se refiere a los derechos del ciudadano y las obligaciones sociales y económicas del Estado (protección social, vivienda digna, economía, empleo, salud, cultura, medio ambiente, entre otros).

En este mismo sentido, otra de las obligaciones que para el Estado colombiano se estipularon en la Constitución de 1991, es la prestación de los servicios públicos. En su artículo 356, la Constitución señala que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”

(Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Para alcanzar este fin se estipuló que el Congreso de la República:

(...) estableciera un régimen legal para los servicios públicos domiciliarios, hasta entonces inexistente, y creó la Superintendencia de Servicios Públicos, con el derecho sancionar e intervenir las empresas prestadoras, de capital privado u oficial, que incumplieran sus obligaciones para con los usuarios. Desarrollando estos mandatos el Congreso expidió en 1993 y 1994 las Leyes de Servicios Públicos, Electricidad y Telecomunicaciones, que crearon las Comisiones Autónomas de Regulación, promovieron la competencia en la prestación de estos servicios y organizaron un sistema de subsidios cruzados que hiciera posible simultáneamente la viabilidad financiera del servicio y el acceso a grupos de ingresos bajos. Al amparo de estas normas el país logro un aumento notable en la cobertura, eficiencia y calidad de los servicios públicos domiciliarios, vinculando capitales privados en mayor proporción que cualquier otro país en la región, excepto Chile, y el Estado pudo destinar una proporción creciente de sus recursos a los servicios básicos de educación y salud (Perry, 2011).

Este apartado en particular permite observar cómo a partir del cumplimiento de las diversas obligaciones que asigna la Constitución al Estado colombiano, como impulsar y regular el desarrollo económico a través de empresas públicas y privadas, incluyendo la provisión de los servicios públicos, comienza a concretarse su función social, la cual puede verse materializada en crecimiento para las zonas marginales del país, a través del aumento de las regalías y la destinación presupuestal. Y es precisamente esta ruta hacia la cual el actual Gobierno de Colombia ha visionado el desarrollo económico del país y la concreción de su función social: grandes proyectos de desarrollo que aprovechen los recursos y las ventajas competitivas de vastos territorios en los cuales el Estado ha sido históricamente ausente; que promuevan la apropiación de nuevos recursos para estas zonas deficitariamente financiadas; y que a su vez garantice tanto la provisión como la posibilidad de exportar servicios públicos.

## **El apoyo a las nuevas lógicas para el desarrollo y el Proyecto Hidroeléctrica Ituango**

El año 2010 significó para Colombia un cambio notable en cuanto al meridiano tradicional que atravesaba sus motores económicos. Poco después de su segunda posesión como presidente, Juan Manuel Santos Calderón, puso en marcha un ambicioso programa de gobierno encaminado principalmente a impulsar sectores de la economía inexplorados o escasamente aprovechados. Las denominadas “locomotoras para el crecimiento y la generación de empleo” consistían en una serie de lineamientos estratégicos que serían la “brújula para abordar y resolver las necesidades apremiantes de la nación y aprovechar sus potencialidades” (Departamento Nacional de Planeación, 2010, p. 22).

Dentro de estas nuevas lógicas para el desarrollo económico nacional, sobresalía la locomotora minero-energética, la cual despertaba un grandísimo interés, no solo para sus promotores, sino para diversos sectores políticos y económicos quienes la identificaban como el sector más rico en cuanto a posibilidades de inversión extranjera y crecimiento del PIB, además de un aumento considerable en las regalías para aquellas zonas de influencia de los proyectos venideros.

Para el Gobierno Nacional:

El sector minero-energético representa la oportunidad que tenemos de aprovechar de manera responsable nuestra riqueza en recursos naturales para generar crecimiento sostenible y mayor equidad social, regional e inter-generacional. Las elevadas proyecciones de producción de petróleo y carbón para los próximos años, las estimaciones al alza de los precios internacionales de la canasta minero-energética y la creciente actividad de exploración en el territorio nacional muestran claramente el papel crucial que tendrá este sector en la economía colombiana en los próximos años (...) Ahora bien, con el desarrollo del sector minero-energético, viene atada una enorme responsabilidad de gestión ambiental. El desarrollo de esta locomotora no puede ir en contravía del desarrollo sostenible del país y de su conservación para las próximas generaciones (Departamento Nacional de Planeación, 2010, p. 15).

El desarrollo que el sector minero-energético ha presentado durante la última década permitió, según datos del Plan de Desarrollo Nacional (2010), que la participación del sector en el PIB haya pasado del 8,8% en el 2006, a 9,2% en 2009. Tal crecimiento, se ha visto reflejado, además, en la inversión extranjera directa, la cual pasó de USD\$3.637 a 4.637 millones en el mismo periodo, teniendo un efecto incremental en las exportaciones, las cuales pasaron de USD\$24.391 a 32.853 millones de 2006 a 2009 (Departamento Nacional de Planeación, 2010).

A pesar de que el sector minero-energético genere la mitad de las exportaciones y dos terceras partes de la inversión extranjera directa, para el Gobierno Nacional

(...) su mayor contribución en materia de desarrollo es la generación de recursos para inversión social y productiva. Sólo en 2009 el sector le transfirió al gobierno cerca de \$20 billones entre impuestos nacionales y locales, regalías y utilidades de las empresas en las que tiene participación (Departamento Nacional de Planeación, 2010, p. 276).

En este contexto, el actual Gobierno colombiano propuso en su Plan de Desarrollo, la continuidad y el impulso de 8 grandes proyectos hidroeléctricos, entre los cuales se destacan El Quimbo, Hidrosogamoso, La Miel II e Hidroituango. Con esta apuesta el Gobierno apuntaba a pasar de generar 13.542 megavatios a 16.234; un aumento del 20% (2.632 MW) en la producción eléctrica nacional. Dentro de los proyectos mencionados sobresale uno en especial, no solo por la magnitud de la inversión que representa (5.500 millones de dólares), sino porque el mismo está proyectado para generar el 92% del crecimiento en generación eléctrica que el Gobierno aspira alcanzar: el Proyecto Hidroeléctrica Ituango. Es el proyecto hidroeléctrico más grande que se haya desarrollado en la historia del país, cuya primera fase entrará en operación en 2018. El proyecto tiene por socios principales a la Gobernación de Antioquia (52,89%) y a Empresas Públicas de Medellín (46,47%).

El Proyecto está situado en el noroccidente del departamento de Antioquia, a unos 170 kilómetros de la ciudad de Medellín. Las obras se desarrollan en predios de seis municipios del Norte del departamento que son Ituango, Briceño, Toledo, San Andrés de Cuerquia, Valdivia y Yarumal; y en seis municipios del Occidente, a saber: Santa Fe de Antioquia, Olaya, Buriticá, Peque, Liborina y Sabanalarga.

Si bien el proyecto tuvo sus inicios en 1997 con la creación de la Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango, la creación del consorcio para la realización de estudios de factibilidad tuvo lugar en el año 2006; el 26 de agosto de 2008 se dio la declaratoria de utilidad pública y el 26 de enero de 2009 el Estado le otorgó la licencia ambiental. Desde entonces, el proyecto ha iniciado obras para la construcción de la central hidroeléctrica, que actualmente se desarrollan en el territorio.

En este proyecto es posible identificar las premisas que frente a la función social del Estado se han señalado, como la inversión y el mejoramiento de las zonas de influencia de los grandes proyectos de inversión estatales, por medio de las regalías y el desarrollo económico local que viene aparejado con los mismos.

De acuerdo con el compromiso de llevar sostenibilidad, equidad y mayores oportunidades a la zona de influencia, el Proyecto no se ha limitado solo a cumplir con las compensaciones sociales y ambientales exigidas en la licencia ambiental que le fue otorgada, sino que, por iniciativa de la sociedad gestora del mismo, se estructuró y financió el Plan Integral Hidroeléctrica Ituango, el primero de su naturaleza en el país, con el cual la Hidroeléctrica Ituango, más allá de una obra de infraestructura, se erige como una iniciativa de desarrollo y una oportunidad para transformar las condiciones sociales y económicas de la gente.

El Plan Integral Hidroeléctrica Ituango es un acuerdo que une las voluntades y los esfuerzos de la Gobernación de Antioquia, la Alcaldía de Medellín, EPM, la Sociedad Hidroeléctrica Ituango y las 12 administraciones municipales para contribuir al mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes de la zona de influencia del proyecto, convocando a la participación ciudadana y al aprovechamiento de los recursos humanos y naturales del territorio (Empresas Públicas de Medellín, 2013).

En este marco, los socios del Plan Integral decidieron aportar voluntariamente una suma de 100 millones de dólares, denominada recursos de la Inversión Social Adicional, los cuales se ejecutan a través de 7 líneas de intervención del desarrollo; estas líneas se encuentran articuladas al Plan de De-

sarrollo Departamental de Antioquia, y a cada uno de los Planes de Desarrollo de los municipios de influencia del Proyecto.

Cada una de estas líneas fue construida de forma participativa con las comunidades y responden a la identificación de las necesidades más urgentes para las mismas. La primera de estas líneas está enfocada en el desarrollo para el bienestar social, y cuenta con programas de participación ciudadana y comunitaria, y mejoramiento de vivienda; una segunda línea estipula la intervención integral en vías secundarias, terciarias y caminos de herradura de la región; se concertó también una tercera línea para la construcción de sistemas de servicios públicos como acueducto, alcantarillado y gas natural por red; una cuarta línea hace énfasis en el mejoramiento de los niveles de salud, bienestar y calidad de vida de la población; se estableció también una quinta línea, la cual desarrollará proyectos productivos, seguridad alimentaria y nutricional; la línea seis se encarga de la construcción y mejoramiento de la infraestructura educativa; y por último, la línea siete está enfocada en programas de seguridad, convivencia, fortalecimiento institucional, derechos humanos y atención a víctimas.

Los párrafos que hasta el momento se han desarrollado, han ido develando cómo se ha configurado la apuesta del Estado colombiano por unas nuevas lógicas del desarrollo. Parte de la configuración del Estado Social de Derecho, en el que la legitimidad está condicionada a: la protección de derechos básicos, la promoción del desarrollo económico del país y la prestación de los servicios públicos como parte de su finalidad social. Pasando además, por el impulso que le ha otorgado el Gobierno, en aras de cumplir con dichas obligaciones constitucionales y enfocándose en un renglón de la economía nacional; hasta la consolidación de esta apuesta en el proyecto concreto como la Hidroeléctrica Ituango, y como a su vez, este megaproyecto no se aleja de esas obligaciones que ha establecido la Carta Magna, y dentro del desarrollo y avance del mismo ha establecido un plan que le permite impulsar el desarrollo económico y social de algunas de las zonas más vulnerables y olvidadas del país.

En el siguiente acápite se abordarán los derechos y las garantías que le compete al Estado colombiano auspiciar respecto de las reivindicaciones de las minorías étnicas nacionales; esto, a partir de algunas de las condiciones particulares que presenta el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrica Ituango, en la amplia y diversa zona de influencia que acoge.

## **El auspicio del Estado Social de Derecho, a las reivindicaciones de las minorías étnicas y el Proyecto “Hidroeléctrica Ituango”**

### **La reivindicación de las minorías étnicas y el Estado Social de Derecho en Colombia:**

La Constitución Política de 1991 representó un adelanto bastante significativo para los grupos minoritarios en el país, pues en esta se incorporaron una serie de disposiciones encaminadas a promover las reivindicaciones de tales grupos. El constituyente procuró que en la misma se avanzara de una Constitución homogeneizadora, hacia una que promoviera como ideal el reconocimiento de derechos basado en la diferencia y en la riqueza cultural y étnica de la nación.

Mucho antes de conceder derechos especiales a las comunidades indígenas, en Latinoamérica primaba la teoría del Estado de derecho que implica que solo podía existir un Sistema Jurídico, por lo cual, toda norma que no proviniera del Estado se admitiría por la costumbre y en caso de que faltara la ley y la norma no fuera contraria a ella (Yrigoyen, 2014).

La heterogeneidad y el componente de inclusión de la Carta se ven reflejados desde el primero de sus artículos, con la declaración del Estado Social de Derecho, y en cerca de 15 artículos posteriores<sup>5</sup> en los cuales, a grandes rasgos, se señalan como objetivos primordiales” (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

La Constitución determinó entonces, como una obligación estatal: el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Correspondiéndole auspiciar y promover la igualdad y la dignidad en todos los frentes sociales; asegurar el respeto a la autodeterminación de los pueblos en el manejo de las relaciones exteriores y el reconocimiento de que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos sean oficiales y promovidos en sus territorios (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

---

5 Véase en los Artículos: 7, 10, 63, 68 (inciso 5), 70, 72, 171, 176, 246, 286, 287, 321, 329, 330 (numeral 2), 357.

Esta obligación fue complementada con una serie de derechos especiales frente a la autonomía jurídica y administrativa de las diferentes comunidades indígenas; la preservación de los recursos naturales de los resguardos indígenas; la participación estos pueblos en la vida política nacional, así como el apoyo a la autonomía de los grupos y sus formas de gobierno; la protección de las tierras comunales y de las formas de propiedad solidaria y asociativa de las comunidades indígenas; y algunos temas concernientes a la participación de los resguardos indígenas considerados por la ley como municipios (Blanco, 2006).

Así pues, con la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano pasó de ser un Estado monocultural a uno pluriétnico y multicultural, transformando la concepción de igualdad entendida, y aplicada hasta la fecha, de forma meramente retórica, para avanzar hacia una verdadera materialización de sus premisas, cuestión que implicó el reconocimiento de sectores discriminados y excluidos por las políticas estatales, como los afrodescendientes y las comunidades indígenas.

Otra de las particularidades frente a la defensa y promoción de los derechos humanos y las reivindicaciones de los grupos minoritarios, es el desarrollo normativo que, dentro del articulado de la Carta Política de 1991, se dispuso para la adopción en el ordenamiento interno de normas y principios internacionales encaminados a garantizar estos derechos:

- a. En el artículo 9, se reconoce que “las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991);
- b. Dentro del artículo 53 se señala que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991);
- c. El artículo 93, indica que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales so-

- bre derechos humanos ratificados por Colombia” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991);
- d. Subsiguientemente, el artículo 94, establece que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991);
  - e. El artículo 102 en su inciso 2, señala que “los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la República” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991);
  - f. Finalmente, en el artículo 214 el cual regula los estados de excepción, dice en su numeral 2 que “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

A partir de estas disposiciones, el Estado colombiano se ha visto abocado a reconocer y adoptar a nivel interno un número muy importante de principios, tratados y convenios, los cuales han permitido establecer y desarrollar los lineamientos para la protección de los derechos humanos de los grupos poblacionales más vulnerables del país.

Dentro de esta normatividad supranacional en favor de estos grupos, se destacan, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; y la Declaración de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, la normatividad para la protección jurídica a nivel internacional de los derechos de los pueblos indígenas o tribales que más vigencia ha cobrado en el ámbito nacional, siendo a su vez una de las más concurridas por diversas organizaciones y movimientos sociales, es el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, en cuyo ámbito de aplicación se contempla:

(...) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (Organización Internacional del Trabajo - OIT, 1989).

La adopción de este Convenio mediante la Ley 21 de 1991, ha influido en la elaboración de diversos mecanismos jurídicos y en la estructuración misma de algunas entidades estatales que ha dispuesto el Estado colombiano a partir de la promulgación de la Constitución en este mismo año, como la Política Ambiental Colombiana (Congreso de Colombia, Ley 99 de 1993); la reglamentación y garantías para el ejercicio de la Consulta Previa (Presidencia de la República, 2010) y (Presidencia de la República, 2013) y la creación de la Dirección de Asuntos Indígenas y Consulta Previa (Presidencia de la República, Decreto 2893 de 2011) entre muchas otras, materializándose así la relevancia que para el Estado Social de Derecho, ostenta la defensa y el auspicio de los derechos de los grupos minoritarios, y en este caso, el de las comunidades indígenas.

El recuento normativo que se ha realizado hasta el momento, se reviste de gran importancia a la hora de sobreponer algunas de las consideraciones abarcadas en el primer apartado del presente texto, como las obligaciones del Estado colombiano de propiciar el desarrollo económico del país, y su intención de cumplir con estas disposiciones constitucionales a partir de unas nuevas lógicas de desarrollo basadas en la producción minero-energética, en este caso el Proyecto Hidroeléctrica Ituango; con iguales obligaciones constitucionales que ha impuesto el Estado Social de Derecho para proteger las condiciones pluriétnicas y multiculturales de la nación.

## **El derecho de autodeterminación de los pueblos y la comunidad de la vereda Oroabajo en Sabanalarga**

La ejecución y el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrica Ituango, presenta dos características o situaciones particulares que se encuentran estrechamente ligadas con la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos de las comunidades más vulnerables en el interior del país.

La primera de estas características está relacionada con los impactos sociales y ambientales generados por el Proyecto. No obstante, la dimensión del mismo, dentro de su zona de influencia directa, tan sólo dos comunidades son motivo de reasentamiento involuntario en razón de los impactos generados por el mismo; se trata de los centros poblados del corregimiento de Barbacoas en el municipio de Peque, y la vereda Oroabajo en el municipio de Sabanalarga.

El tema de los reasentamientos involuntarios está escasamente regulado en la legislación colombiana; tan solo se aborda el mismo de manera precaria y con muy pocas claridades sobre los procedimientos para el diseño y ejecución de programas de reasentamiento, los criterios de elegibilidad, los compromisos y responsabilidades de las partes, en la Ley 56 de 1981 (Congreso de la República de Colombia, 1981), mediante la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica y acueductos, sistemas de regadío y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras. De allí se deriva la importancia de lo que se ha abordado al inicio de este capítulo, respecto de las disposiciones constitucionales para la adopción en el ordenamiento interno de normatividad de carácter internacional, pues, los criterios que se implementan en el país frente a los reasentamientos involuntarios han sido sustraídos de recomendaciones y principios emitidos por organismos supranacionales como la Organización de Naciones Unidas - ONU, e incluso, algunos otros organismos multilaterales enfocados en temas de desarrollo económico, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, el Banco Mundial, y el Banco Interamericano de Desarrollo - BID.

Uno de los criterios más importantes frente a este tema, es la Norma de Desempeño 5, la cual hace parte de una serie de orientaciones y de recomendaciones emitidas por el Banco Mundial, sobre sostenibilidad ambiental y social. En la misma se reconoce que la adquisición de tierras relacionada con los proyectos puede tener impactos adversos sobre las personas y las comunidades que usan dichas tierras. En este sentido, es posible señalar que, el reasentamiento involuntario hace referencia:

(...) al desplazamiento físico (reubicación o pérdida de vivienda) y al desplazamiento económico (pérdida de activos o de acceso a activos que ocasiona restricción de fuentes de ingreso u otros medios de subsistencia) como resultado de la adquisición de tierras para un proyecto y/o restricciones sobre el uso de la tierra. El reasentamiento se considera involuntario cuando las personas o comunidades afectadas no tienen derecho a negarse a la adquisición de tierras o restricciones sobre el uso de la tierra que den como resultado el desplazamiento físico o económico. Esta situación se presenta en casos de i) expropiación según la ley o restricciones temporales o permanentes sobre el uso de la tierra y ii) acuerdos negociados en los que el comprador puede recurrir a la expropiación o imponer restricciones legales sobre el uso de la tierra si fracasan las negociaciones con el vendedor (World Bank Group, 2010).

Es necesario anotar que, además, los reasentamientos involuntarios se originan principalmente por dos factores: el primero, como resultado de la construcción de infraestructura, y el segundo, se da como consecuencia del asentamiento poblacional en zonas no aptas, es decir, cuando se presentan Asentamientos Humanos de Desarrollo Incompleto o desarrollos no planificados, cuyo origen ha sido la apropiación irregular de terrenos, en ocasiones caracterizada como espontánea y que, en general, produce hechos urbanos carentes de las mínimas condiciones en cuanto a servicios públicos, vías y espacio público (Morales & Molina, 2003).

El reasentamiento supone un proceso de reubicación planificado, que involucra el reconocimiento de diferentes variables físicas, sociales, económicas, jurídicas y culturales que deben tenerse en cuenta para el proceso de solución, desarrollado por medio del diseño de un Plan de Gestión Social (Morales &

Molina, 2003). Si el mismo no es manejado de forma adecuada, puede dar lugar a una precarización de las condiciones de vida de las comunidades afectadas, o causarles privaciones graves y prolongadas, al igual que daños ambientales y efectos sociales y económicos adversos en las zonas hacia las cuales han sido reasentadas.

Por estas razones el reasentamiento involuntario debe evitarse. Sin embargo, cuando resulta inevitable, debe reducirse y deben planificarse y aplicarse cuidadosamente medidas apropiadas para mitigar los impactos adversos sobre las personas desplazadas y las comunidades receptoras. La experiencia demuestra que la participación directa las comunidades en las actividades de reasentamiento puede dar como resultado una implementación más oportuna, eficiente y eficaz (...) así como en enfoques innovadores que mejoren los medios de subsistencia y condiciones de vida de los afectados por el reasentamiento. A menudo, el Gobierno desempeña un papel esencial en el proceso de adquisición de tierras y reasentamiento, incluso en la determinación de compensaciones, y constituye por lo tanto un actor importante en muchas situaciones (World Bank Group, 2010).

La segunda característica presente en el desarrollo del Proyecto, está relacionada con el amplio territorio que abarca la zona de influencia del Proyecto, el cual, al igual que el departamento de Antioquia, posee una gran riqueza en cuanto a diversidad étnica y cultural se refiere; asimismo, esta particularidad guarda una relación ineludible frente al tema de los reasentamientos involuntarios por impactos del Proyecto, para el caso específico, el de las 32 familias de la comunidad del centro poblado de la vereda Orobajo. Esta comunidad inició un proceso de negociación en el año 2010 con Empresas Públicas de Medellín, empresa responsable de la construcción de la infraestructura física del Proyecto, para establecer las condiciones de reasentamiento de la misma, pues, con motivos de la construcción del embalse de la Hidroeléctrica, todo el territorio donde se encuentra ubicada la vereda será inundado.

Entre los años 2010 y 2014, Empresas Públicas de Medellín, dispuso de un equipo de gestión social, el cual se encargó de realizar una serie de actividades de diversa índole, encaminadas a propiciar las condiciones jurídicas, psicosociales, económicas y productivas, necesarias para que, tanto el proceso de negociación como el de reasentamiento fueran adelantados con éxito, generan-

do el menor traumatismo posible a la comunidad y las mejores condiciones posibles para la realización de los nuevos proyectos de vida. Estas actividades incluyeron:

- a. Giras de referencia a otras comunidades reasentadas por proyectos de la empresa, en este caso a las comunidades de los Proyectos Porce II y III.
- b. Conformación del colectivo juvenil y semillero infantil de cultura ciudadana.
- c. Talleres participativos de diseño de vivienda.
- d. Búsqueda de predios para el reasentamiento nucleado.
- e. Inicio del Plan de Formación Integral y preparación para el cambio.
- f. Visita a predios potenciales para el reasentamiento.
- g. Validación de idea básica de vivienda con las familias mediante maqueta.
- h. Caracterización redes socioculturales.
- i. Reconocimiento de la memoria cultural.
- j. Elaboración de mapas de redes familiares.
- k. Procesos de formación productiva con el Servicio Nacional de Aprendizaje y las Unidades Municipales de Asistencia Técnica.
- l. Caracterización posibles comunidades receptoras.
- m. Asambleas familiares y elaboración de proyectos de vida (identificación de tendencias sobre sitios de traslado y proyecto económico).
- n. Firma de actas de intención de sitio de traslado.
- o. Talleres comunitarios de reconocimiento memoria cultural.
- p. Taller de imaginarios (área económica y de hábitat).
- q. Validación con las comunidades de esquemas urbanísticos reasentamiento nucleado.

Paralelo a este trabajo, y con el asesoramiento de organizaciones sociales y colectivos indígenas, en el interior de la comunidad de Orobajo, venía concertándose la posibilidad de iniciar un proceso de auto reconocimiento étnico como comunidad indígena, basados en la premisa que, a lo largo de su historia una serie de procesos de exclusión, violencia y abandono estatal, generaron que paulatinamente su identidad étnica se fuera desdibujando hasta casi extinguirse, conservándose no obstante, y de manera muy marcada, los rasgos morfológicos, los apellidos y algunos medios de sustento tradicionales como el barequeo. A su vez, los principales promotores de esta iniciativa eran los descendientes de Virgilio Sucerquia Chancí, víctima de la masacre paramilitar que sacudió la vereda en 1998, el líder espiritual de la comunidad y, para algunos investigadores y académicos, el último Cacique Nutabe (Higueta, 2012).

Fue así como el 30 de junio de 2014, en Asamblea General de la comunidad, y con base en la Ley 89 de 1890 (Congreso de la República, 1890), se constituyó el Cabildo Indígena Nutabe de Sabanalarga, Antioquia; posicionándose de manera formal ante el alcalde municipal de Sabanalarga, el 7 de diciembre del mismo año. El 24 de enero de 2015 el Cabildo emite un comunicado en el cual manifiesta que la etnia Nutabe, a la cual afirman pertenecer:

(...) ha ocupado estos territorios de manera continua por más de 2000 años (hechos explicados por varias investigaciones arqueológicas y etnohistóricas realizadas por instituciones como la Universidad de Antioquia, Corantioquia, Integral y el municipio de Sabanalarga, entre otras). Hasta la década de 1830 existió jurídicamente el Resguardo indígena de “San Pedro de Sabanalarga”, protocolizado desde 1622 por el entonces gobernador de la provincia de Antioquia, señor Francisco Berrio, siendo el Cabildo Indígena Nutabe de Orobajo<sup>6</sup> que ahora se ha conformado, el continuador de esta tradición amerindia en el cañón del río Cauca (Cabildo Indígena Nutabe de Orobajo, 2015).

La conformación del Cabildo Indígena supuso un cambio en el relacionamiento que ambos actores habían desarrollado hasta el momento, ya que, en virtud del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la Ley 121 de 1991, y considerando que la Constitución Política de Colombia y la

6 En documentos emitidos por el referido cabildo, estos hacen referencia a sí mismos como Cabildo Indígena Nutabe de Sabanalarga y Cabildo Indígena Nutabe de Orobajo, de manera indistinta.

jurisprudencia protegen los derechos étnicos y territoriales de las minorías étnicas y los pueblos originarios, los representantes del Cabildo solicitaron:

(...) a las instituciones públicas del Estado (como garantes de los derechos ciudadanos y étnicos), abstenerse de realizar cualquier acción, actividad o proyecto que afecte o pueda afectar el territorio del Cabildo Nutabe de Oroabajo, municipio de Sabanalarga Antioquia, sin el consentimiento libre, previo e informado con el cabildo mencionado (Cabildo Indígena Nutabe de Oroabajo, 2015).

Podría afirmarse que la promoción de este proceso de auto-determinación a través de la conformación de un cabildo indígena que se reivindica como descendiente de la etnia Nutabe, no se da de manera caprichosa, ni los elementos fundantes del mismo son difusos o apartados de la realidad; más bien, sería posible anotar que dicho proceso se basa en elementos históricos, sociales o culturales, ya que varios estudios han señalado que, efectivamente, los primeros moradores del municipio de Sabanalarga, fueron indígenas Nutabes, originarios de los pueblos de San Sebastián de Ormana y Santiago de Arate, localizados en la cuenca del río Espíritu Santo, afluente del río Cauca al norte del departamento.

Esta población se dedicaba a realizar diversas labores en el viejo camino que de Espíritu Santo llevaba a la ciudad de Santa Fe de Antioquia. La localidad de Sabanalarga constituía entonces un lugar de escala en ese viejo camino por donde transitaba la mayor parte del comercio colonial con la península (Alcaldía Municipal de Sabanalarga, 2008). El proceso de colonización propició la conformación de las diferentes veredas, formando además una red de relaciones de parentesco, de vecindad y de reciprocidad social con otros asentamientos cercanos como San José de la Montaña, San Andrés de Cuerquia, Ituango y Peque.

En el interior del territorio, Oroabajo era el punto más importante. Estaba estratégicamente ubicado por ser el puerto y camino que mediaba entre Ituango y Santa Fe de Antioquia, lo cual hizo que adquiriera una dinámica importante ligada en principio a la minería y posteriormente a la actividad cafetera. El dinamismo que revestía Oroabajo a finales del siglo XIX se extendió hasta las primeras décadas del siglo pasado, pues, a partir de los años 30 se inició

un proceso inverso, en tanto se construyeron otras rutas de comercio, entre la que se destaca la construcción del Puente Pescadero entre Ituango y Toledo.

La aparición de la población indígena Nutabe en el corregimiento de Oro bajo, se remonta aproximadamente al año 1571, donde dicha población arribó escapando de la persecución de la que fue víctima durante 35 años por parte de los colonizadores de la región: Andrés Valdivia y posteriormente Gaspar de Rodas.

Los sobrevivientes fueron sometidos, esclavizados, evangelizados. A otros los fueron mestizando y los más resistentes adoptaron como resguardo el sitio conocido como Oro Bajo, ubicado en jurisdicción de Sabanalarga- Antioquia (Correa, 2014).

La población indígena desplazada hacia el municipio erigió el resguardo de San Pedro de Sabanalarga, con lo que se institucionaliza allí la Encomienda en el año 1622. Por esta época la población indígena de Sabanalarga era tan numerosa que, según relatos de Manuel Uribe Ángel, cuando el Gobernador Juan Bueso de Valdés, emprendió la pacificación de los indios 'Chocoes' escogió treinta mil nutabes.

Hasta este punto se desarrollará lo concerniente a las obligaciones del Estado colombiano, en el marco de la Constitución de 1991 y la proclamación del Estado Social de Derecho, respecto de la protección de los derechos y las reivindicaciones de las minorías étnicas en el país, mediante la adopción de instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales; y cómo esta temática se ha concretado en el caso específico de los reasentamientos involuntarios por impactos directos del Proyecto Hidroeléctrica Ituango, en el cual las 32 familias a reasentar inician un proceso de auto reconocimiento étnico mediante la conformación de un cabildo indígena.

En la parte final de este escrito se pondrán de manifiesto las tensiones que se han producido en el contexto de la ejecución del Proyecto Hidroeléctrica Ituango, como resultado de la contradicción que ha representado para el Estado colombiano el cumplimiento de una serie de obligaciones que dispuso la Constitución Política de 1991, como propiciar el desarrollo económico de la nación, a la vez que proteger y garantizar los derechos de grupos minoritarios como las comunidades indígenas.

## **Las tensiones entre del estado social de derecho garante de las reivindicaciones de las minorías étnicas, y el estado social de derecho promotor del desarrollo económico**

Una de las críticas recurrentes respecto de las disposiciones que incorporó la Constitución Política de 1991, ha sido el señalamiento de que la misma es una especie de refrendación del modelo neoliberal impulsado por los Estados Unidos a través del llamado Consenso de Washington. La construcción de este modelo neoliberal suponía un nuevo orden en cuanto a lo político y lo económico, el cual exigía que la aplicación del Derecho se viera traducida en una nueva estructura normativa que permitiese dinamizar dicho modelo, al orientar el comportamiento del Estado colombiano en el ámbito económico, hacia el auspicio de una estabilidad y seguridad jurídica. Así pues, este orden jurídico y económico implicaba:

(...) el diseño e implementación de las reformas estructurales del Estado, las reformas al mercado de la fuerza laboral, la reforma al mercado de bienes y servicios, al mercado de capitales, a las telecomunicaciones, al sistema económico y a la dirección de la economía, a los límites de intervención del Estado en lo económico, a la desregulación económica y a la concreción de tratados de libre comercio, a la política de privatizaciones, al mercado de capitales y a la organización empresarial, a firmar los acuerdos con la OMC y a reglamentar la inversión extranjera y a darle cuerpo a la denominada disciplina fiscal. Todos estos aspectos, deben tener un respaldo de seguridad jurídica, lo cual naturalmente queda explícito en la Constitución Política de 1991 (Cruz, 2010).

De otra parte, existen algunas posiciones más moderadas que señalan la ambigüedad argumentativa que este tema ha suscitado, pues, al tiempo que la Carta Política del 91 es considerada neoliberal y privatizadora, ha sido también señalada por ser demasiado intervencionista y garantista. Constituyentes como Guillermo Perry, manifiestan que esta discusión se consideró en su momento como un debate estéril, pues, erróneamente se basaba en un supuesto según el cual el Estado y el mercado son necesariamente antagónicos. No obstante, el órgano constituyente adhirió a la concepción moderna de la

economía institucional que reconoce en el mercado una acción dinamizadora, pero que a su vez requiere de un aparato estatal sólido.

(...) nos guiamos por el principio de “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario.” En adición, consideramos que el Estado tiene una función distributiva insoslayable: la de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a un empleo digno, a la educación, la salud, la protección social y los servicios públicos (Perry, 2011).

Bajo estas premisas, la Carta exige que el Estado impida que se restrinja la libertad económica y evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, a la vez que establece la libre competencia económica como un derecho colectivo que permite a cualquier ciudadano interponer acciones populares contra cualquier actuación oficial o privada que limite la competencia en el mercado. No obstante, de otra parte, delimita legalmente “el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) Por esta razón, en su artículo 63, la Constitución otorgó protección a “los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo y el patrimonio arqueológico de la Nación” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Bajo el auspicio de esta norma, en Colombia se ha restituido una parte importante del territorio a la propiedad comunitaria de comunidades indígenas y mantiene hoy una vasta red de parques naturales para la protección de la biodiversidad (Perry, 2011).

Se ha señalado también, que la forma como se configuró la Constitución del 1991, ha dejado una serie de cuestiones inconclusas, debido esto a que, en la misma se exige al Estado la garantía de una amplísima carta de derechos, sin precedentes en la historia constitucional del país; pero al mismo tiempo, carece de rigurosidad a la hora de indicar el financiamiento de tan importante empresa, en el entendido que un Estado Social de Derecho como el que se proclama, necesariamente demanda una figura similar a los Estados benefactores vigentes por aquel tiempo en los países del “Primer Mundo” (Álvarez, 2007).

En el contexto de lo que se ha señalado en los 2 primeros acápite del presente texto, esta discusión reviste una gran relevancia, ya que pone de manifiesto, la forma como desde la construcción misma de las premisas constitucionales, están presentes las tensiones que hoy día es posible identificar en los grandes proyectos de desarrollo a nivel nacional. En este caso, en la ejecución de un proyecto bandera para el actual Gobierno Nacional, como la Hidroeléctrica Ituango, en el cual se han invertido 5.500 millones de dólares; y el cual, además, ha generado una inversión social adicional por 100 millones de dólares para el desarrollo social y económico en zonas de histórica ausencia estatal. Este proyecto fortalecerá la economía colombiana a nivel regional respecto de las exportaciones de su producción de energía eléctrica; y proyecta generar importantes regalías para un departamento como Antioquia, cuya población presenta un importante déficit de atención de las necesidades básicas insatisfechas; en gran parte por la falta de recursos e inversión.

Lo anterior en contraposición de un grupo minoritario que se reconoce como milenario en su territorio; un grupo que reclama mediante un proceso de autodeterminación, la restauración de las tradiciones de su etnia, golpeada y debilitada por la violencia armada y el abandono estatal.

### **Las tensiones entre el Proyecto Hidroeléctrica Ituango y el Cabildo Indígena Nutabe de Orobajo**

En este panorama cabe señalar entonces que, hasta el momento, el Estado colombiano ha dado prevalencia a su deber constitucional de promover el desarrollo económico del país. Luego de su posesión formal como Cabildo Indígena, el 6 febrero de 2015 la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, acusó recibo del acta que protocolizó la misma y anotó que en la actualidad los miembros del Pueblo Nutabe no están registrados ni como comunidad, ni como pueblo indígena en sus bases.

Sin embargo, debido a una solicitud por su reconocimiento, la DAIRM proyectó una serie de estudios (históricos, antropológicos y jurídicos) para verificar la pertinencia de esta reivindicación e iniciar su registro. Hasta el momento se ha realizado la primera etapa de los estudios con la ejecución de una investigación histórica, quedando

aún por realizar los estudios jurídicos y antropológicos. Debemos precisar, por una parte, que, debido a las características de la solicitud, pues se trata de pueblos que han desaparecido de los registros institucionales o académicos, estos trabajos toman un tiempo considerable, y por otra, que su desarrollo se establece de acuerdo con un orden cronológico de llegada (Ministerio del Interior de Colombia, 2015b).

Luego de esto, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, resuelve realizar una visita de campo para verificar si las condiciones de la comunidad de Orobajo, pueden ser motivo de un proceso de consulta previa frente al desarrollo en estos territorios del Proyecto Hidroeléctrica Ituango. Es así como el día 8 de abril de 2015, con la mediación de la Defensoría del Pueblo y la Dirección de Derechos Humanos de la Gobernación de Antioquia, una comisión de la Dirección de Consulta Previa se desplazó hacia Orobajo, donde pasó algunas horas realizando entrevistas a la comunidad y recogiendo los elementos requeridos para emitir un concepto sobre esta situación.

Posteriormente, el Ministerio del Interior emitió la certificación número 657 del 14 de mayo de 2015 “Sobre la presencia o no de comunidades étnicas en las zonas de proyectos, obras o actividades a realizarse” (Ministerio del Interior de Colombia, 2015a) mediante la cual negaba las pretensiones del Cabildo Indígena frente a la realización de la consulta previa, argumentando que las condiciones de relacionamiento histórico, social, cultural, religioso y económico presentes en dicha comunidad, no constituyen ni se corresponden en sentido amplio con las prácticas comunitarias o colectivas propias de una comunidad indígena.

(...) se establece que el Cabildo Indígena Nutabe de Orobajo no es objeto de Consulta Previa en el marco del Proyecto Hidroeléctrica Ituango, lo anterior teniendo en cuenta que los integrantes de dicho cabildo, no desarrollan ninguna clase de prácticas colectivas tradicionales, ni conservan rasgos culturales diferenciados que les otorgue el carácter de comunidad étnica, adicionalmente, el cabildo no tiene el reconocimiento y el registro como comunidad ni como pueblo indígena por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas Rom y Minorías del Ministerio del Interior, institución que actualmente se encuentra

desarrollando la primera etapa de una serie de estudios (...) con el fin de comprobar la pertinencia de la reivindicación de miembros del cabildo como descendientes del pueblo Nutabe (Ministerio del Interior de Colombia, 2015a).

De esta forma, con base en la ignorancia, en el desconocimiento y en la ausencia de registros de los grupos poblacionales que lo componen, el Estado colombiano, contrario a otorgar el reconocimiento y auspicio a las reivindicaciones de uno de los muchos grupos minoritarios invisibilizados por la violencia y el abandono estatal, decide desconocerlo, dando así prioridad al cumplimiento de sus obligaciones respecto del desarrollo económico nacional.

### **Algunas consideraciones jurídicas en el contexto nacional e internacional**

Los elementos teóricos y prácticos desarrollados en el presente texto, deben ser observados a la luz de lo que la Constitución Política colombiana ha señalado a través de sus artículos 1, 2, y 7, en los cuales reconoce el carácter plural de la nación y protege explícitamente la diversidad étnica y cultural. En este sentido, la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, mediante la Ley 21 de 1991, consagró el principal instrumento de garantía para salvaguardar a las personas y comunidades como lo es el derecho a la Consulta previa, libre e informada, que también quedó plasmado en el párrafo del artículo 330 superior, circunscrito en principio solo para casos de explotación de recursos naturales en sus territorios, junto con los derechos a la jurisdicción especial indígena y a la libre autodeterminación (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Ahora bien, ha sido en escenarios judiciales nacionales e internacionales donde se han ampliado los alcances de los derechos de los pueblos indígenas hacia el reconocimiento del Consentimiento como mecanismo efectivo para evitar que las condiciones estructurales e históricas de discriminación, invisibilización, desplazamiento forzado y despojo de sus territorios, acabasen con los grupos étnicos que aún hoy perviven. Más aún, cuando el Gobierno Nacional, al regular la Consulta Previa (Ministerio del Interior, decreto 1320 de 1998) contravino los postulados del Convenio 169 de la OIT, al no contar con la participación de los representantes de los pueblos indígenas, razón por

la cual en más de una ocasión la Corte Constitucional ha ordenado su inaplicación<sup>7</sup>.

Asimismo, es posible acudir a la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en este aspecto podría dividirse en dos etapas: un primer reconocimiento al derecho al territorio ancestral atado al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y una segunda etapa donde se consolidan los alcances de la Consulta y el Consentimiento. A lo largo de sus sentencias, la Corte no sólo ha reconocido una degradación histórica de la identidad física y cultural de estos pueblos, sino que su existencia en los territorios, previa a la constitución de los Estados Nación, les otorga una intrínseca relación más allá de la mera posesión que pasa por los elementos espirituales y materiales necesarios para el preservar su legado cultural. Incluso reconoció que, frente al fenómeno de la interrupción de la posesión indígena por razones de violencia, conflicto o causas ajenas a su voluntad, opera el derecho a la recuperación de sus territorios o la compensación con otras en igual extensión y calidad.

Sin embargo, esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales prevalezcan los derechos de las comunidades indígenas, sino que cuando el Estado por razones concretas y justificadas, esté en imposibilidad de devolver el territorio tradicional, puede compensarla siempre que se respete el significado del territorio para estas comunidades de acuerdo con el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, devolviendo tierras en igual calidad y jurídicamente saneadas; pagando una indemnización justa conforme a sus propios procedimientos, valores, usos y costumbres

A nivel interno, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha sido amplia en el reconocimiento de los derechos de los grupos étnicos, otorgando incluso mediante el Auto 004 de 2009 (Corte Constitucional, 2009), donde se reconocieron afectaciones diferenciadas por el conflicto armado y el impacto que este ha tenido sobre la atomización, exterminio físico o cultural, fragmentación y desplazamiento de los pueblos indígenas. En este mismo sentido, la Ley 1448 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011) y el Decreto Ley 4633 de 2011 (Ministerio del Interior, 2011), adoptaron medidas

---

7 Ver entre otras sentencias T-657 de 1998; SU 383 de 2003 y T-880 de 2006.

específicas de protección y reparación colectiva desde una opción respetuosa de la cosmovisión y necesidades de los pueblos originarios.

La interpretación que ha hecho la Corte Constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, ha pasado por la utilización de investigaciones de campo y peritazgos antropológicos, inspecciones judiciales y miradas multidisciplinarias de expertos que en la práctica han suspendido obras hasta la realización de procesos consultivos, como en el caso de las comunidades Huitoto y Muinane, debido a la construcción de una base aérea (Congreso de la República de Colombia, 1993); el caso del pueblo U'WA frente a una explotación petrolera (Corte Constitucional, 1997); el caso del pueblo indígena Motilón Barí, frente al otorgamiento de licencia ambiental para una explotación petrolera (Corte Constitucional, 2006) entre otras. Se ha logrado también la declaratoria de inexecutable de normas de la rai-gambre del Código Minero (Congreso de la República de Colombia, 2010) y la Ley General Forestal (Congreso de la República de Colombia, 2016), y la afectación de decisiones administrativas, como fue la decisión de fumigación con glifosato en territorio indígena de la Amazonía colombiana en desarrollo del Plan Colombia (Corte Constitucional, 2003).

A la fecha el Cabildo Indígena Nutabe de Orobajo, no ha instaurado alguna acción legal frente a la resolución del Ministerio del Interior. Es necesario tener en cuenta la herramienta tan poderosa de litigio que puede ser la tutela como mecanismo de protección del territorio ancestral, con la cual podría existir incluso la posibilidad que llegue a frenarse la ejecución del Proyecto Hidroeléctrica Ituango, por desconocimiento de la comunidad indígena Nutabe o la declaratoria de responsabilidad nacional e internacional con el correspondiente pago de millonarias indemnizaciones, sin cuantificar la pérdida de la riqueza cultural y el conocimiento ancestral que detentan las comunidades ribereñas del cañón del río cauca.

Adicionalmente, existen precedentes jurisprudenciales aplicables a este caso concreto como la sentencia T-693 de 2011 (Corte Constitucional, 2011), donde el Cabildo Indígena del Resguardo Turpial – La Victoria, ubicado en el municipio de Puerto López, Meta, reclamó la vulneración al derecho a la Consulta previa por la realización del proyecto Oleoducto de los Llanos, emprendido por la empresa Meta Petroleum Limited, el cual contó con licencia ambiental luego de que el Ministerio del Interior hubiera certificado que en el

área de influencia del proyecto no existían comunidades étnicas sin verificarlo en campo, a pesar de que la empresa conocía de la presencia de la comunidad accionante. La Corte Constitucional reconoció que el ámbito territorial de una comunidad étnica no se circunscribe exclusivamente a lo jurídicamente asignado como su propiedad, sino que la misma se amplía hacia los lugares donde desarrolla sus prácticas tradicionales, en el mismo sentido en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha comprendido el territorio ancestral.

Tampoco se pueden dejar a un lado las lecciones aprendidas en el caso del pueblo Embera Katío del Alto Sinú, tras la construcción de la Hidroeléctrica Urrá I, donde una indemnización mal canalizada destruyó la identidad cultural y los lazos de solidaridad y participación colectiva característicos de las comunidades indígenas y campesinas. El cambio súbito en la economía de pesca por pagos de sumas en efectivo y a título individual, erosionó irremediablemente a esta población, generando más violencia y atrayendo la atención de grupos neo-paramilitares y bandas criminales (Rodríguez & Ordúz, 2012).

## Conclusión

A lo largo de este escrito ha sido posible observar el significativo avance en materia de protección de derechos, reorganización y consolidación de las funciones estatales que representó la Constitución Política de 1991. Una Carta de derechos sin precedentes en la historia del país, la cual, entre sus múltiples disposiciones, delegó en el Estado la función de promover el desarrollo económico de la nación, de capitales tanto públicos como privados, y en sectores tan diversos como la producción de los servicios públicos. Asimismo, la Constitución señaló las pautas para el reconocimiento, protección y garantía de derechos para sectores amplísimos de la población excluidos históricamente por procesos de segregación social y política, y hasta por los mismos mecanismos jurídicos, como las minorías étnicas, particularmente comunidades afrodescendientes e indígenas.

Estas dos disposiciones constitucionales entran en contradicción, para el caso específico, al momento de sopesar la multimillonaria inversión del Estado colombiano en el Proyecto Hidroeléctrica Ituango, en contraposición a las pretensiones de 32 familias de la vereda Orobajo, del municipio de Saba-

nalarga, Antioquia. En este escenario se observa, de un lado, un grupo poblacional que aboga por su derecho al reconocimiento y la recuperación de las tradiciones culturales de su etnia Nutabe, las cuales fueron desapareciendo paulatinamente debido a prolongados periodos de ausencia estatal y ciclos de violencia que desarticulaban el núcleo comunitario; y de otra parte, la apuesta del Estado, representado por varias instancias del poder como los gobiernos nacional, departamental y municipal, por propiciar el desarrollo de zonas con un marcado déficit de inversión estatal, traducido en altos índices de necesidades básicas insatisfechas, a la vez que protege una inversión de 5.500 millones de dólares que busca catapultar un rubro de la economía nacional como producción de energía eléctrica, hacia mercados internacionales.

Al observar todo lo que ha sido el desarrollo de este proceso de tensiones y disputas entre el Proyecto Hidroeléctrica Ituango y el Cabildo Indígena Nutabe de Orobal, además de otros que se han puesto de manifiesto de forma somera, sería posible concluir entonces que, al final, las tensiones, las contradicciones y los desencuentros en el Estado Social de Derecho en razón de lo dispuesto por la Constitución Política de 1991, estarán supeditados, mediados y definidos por decisiones políticas, por ideologías y convicciones de los gobernantes de turno, los cuales dispondrán los mecanismos que más favorables les sean, en aras de alcanzar sus objetivos y metas de desarrollo, según el significado que le hayan conferido a tal concepto. En este caso se ha podido observar que el actual Gobierno Nacional, ha propugnado por unas nuevas lógicas del desarrollo, donde el motor principal es la llamada locomotora minero-energética, desestimando así una serie de disposiciones jurídicas tanto nacionales como internacionales, aprobadas y ratificadas por el mismo Estado, donde, para tales casos, se da prevalencia a los derechos de los grupos minoritarios.

## Referencias Bibliográficas

- Alcaldía Municipal de Sabanalarga. (2008). *Plan de Desarrollo Municipal de Sabanalarga 2008-2011*. Sabanalarga.
- Álvarez, J. R. (2007). Contradicciones entre el modelo de desarrollo neoliberal vigente en Colombia y la Constitución Política benefactora de 1991. *Revista Facultad de Trabajo Social UPB*, 121-135.

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá.
- Blanco, J. (2006). Implicaciones del Conflicto Armado Interno en el desarrollo de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. *Diálogos de Saberes*, 53-90.
- Cabildo Indígena Nutabe de Orobajo. (2015). *Constitución del Cabildo Indígena Nutabe, Municipio de Sabanalarga, Antioquia*. Sabanalarga.
- Congreso de la República de Colombia. (1890). *Ley 89 de 1890*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1981). *Ley 56 de 1981*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia (1993). *Ley 99 de 1993*. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). *Ley 1021 de 2006, Ley General Forestal*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2010). *Ley 1382 de 2010, Código Minero*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1448 de 2011*. Bogotá.
- Correa, G. (2014). *El Último bastión de los Nutabe*. Periferia.
- Corte Constitucional de Colombia, (1992). *Sentencia T-571 de 1992*. Bogotá
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia SU-039 de 1997*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia SU-383 de 2003*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia T-880 de 2006*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Auto 004 de 2009*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-693 de 2011*. Bogotá.
- Cortés, S. P. (2009). El Estado, la Constitución y la Economía de Mercado. *Revista Inveniendi*, 44.
- Cruz, L. E. (2010). La Constitución Política de 1991 y la apertura económica. *Investigación y Reflexión*, 269-280.
- Departamento Nacional de Planeación. (2010). *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014*. Bogotá.
- Higuita, D. (2012). *Crónicas de un inminente etnocidio en el cañón del río Cauca*. Medellín: Instituto de Cultura y Patrimonio de Antioquia.

- Empresas Públicas de Medellín. (2013). *Plan Integral Hidroeléctrica Ituango*. Medellín.
- Ministerio del Interior de Colombia. (1998). *Decreto 1320 de 1998*. Bogotá.
- Ministerio del Interior de Colombia. (2011). *Decreto Ley 4633 de 2011*. Bogotá.
- Ministerio del Interior de Colombia. (2015a). *Certificación número 657 del 14 de mayo de 2015*. Bogotá.
- Ministerio del Interior de Colombia. (2015b). *Oficio OFI15-000002001-DAI-22200*. Bogotá.
- Organización Internacional del Trabajo - OIT. (1989). *Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales*. Ginebra.
- Perry, G. (2011). *La Constitución de 1991 y el Desarrollo Económico Y Social*. Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2010). *Directiva Presidencial 01 de 2010*. Bogotá.
- Presidencia de la República de Colombia (2011). *Decreto 2893 de 2011*. Bogotá
- Presidencia de la República de Colombia. (2013). *Decreto 2613 de 2013*. Bogotá.
- Rodríguez, C., & Ordúz, N. (2012). *Adiós río. La disputa por la Tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa del Urrá*. Obtenido de [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.290.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.290.pdf)
- Morales, V. I., & Molina, C. A. (2003). Reasentamiento Involuntario: integración y civilización. En: *Bitácora Urbano Territorial*, 19-25.
- World Bank Group. (2010). *Norma de Desempeño 5: Adquisición de tierras y reasentamiento involuntario*. Washington.
- Yrigoyen, R. (2004). Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho*, 171-195.

# Aspectos teóricos de la Justicia Transicional: una mirada crítica para su aplicación en México<sup>1</sup>

Filiberto Eduardo R. Manrique Molina<sup>2</sup>;  
Omar Huertas Díaz<sup>3</sup>; Luis Fernando Garcés Giraldo<sup>4</sup>;  
Waldina Gómez Carmona<sup>5</sup>; Christian Benítez Núñez<sup>6</sup>

## Resumen

Para superar el estado de cosas actual en los temas de violencia, inseguridad, violaciones generalizadas a los derechos humanos y atención a víctimas, muchas voces de la academia, de los colectivos sociales y del gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador en México, han sugerido la aplicación de medidas judiciales y políticas tendientes a la reparación de las violaciones masivas de derechos humanos; empleando para ello procesos de justicia transicional, los cuales ya se han puesto en práctica en otros países -procesos de paz o misiones de Paz- para superar sus contextos de conflicto, represión e impunidad; y es precisamente la intención de este trabajo, colocar en relieve, con bases claras y concisas el sentido de la justicia transicional, el cual es un

---

1 Capítulo resultado de investigación CONACYT durante el Programa de Estancias Posdoctorales en el Extranjero 2018 – 1 y la Universidad Autónoma del Estado de Morelos UAEM, en trabajo colaborativo de los grupos de Investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN”, Reconocido y Clasificado en A COLCIENCIAS- 2015 Universidad Nacional de Colombia, COL0078909; La Corporación Universitaria Americana; El Centro Interamericano de Investigación en Derechos Humanos y Litigio Estratégico CIIDHLEX A.C; texto que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e Implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC), adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS.

2 Ph.D. en Derecho y Globalización por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México; Maestro en Derecho e investigación, abogado, realiza estudios de posdoctorado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia- sede Bogotá; Candidato a Investigador Nacional SNI – CONACYT, ha participado en seminarios e impartido conferencias en México, Perú y Colombia. ID ORCID. <https://orcid.org/0000-0001-9407-6548E>- mail: [filiberto.manriquemol@uaem.edu.mx](mailto:filiberto.manriquemol@uaem.edu.mx)

eventual paradigma de cambio en la sociedad mexicana con miras a alcanzar la pacificación y reconciliación del país.

**Palabras clave:** violencia, justicia transicional, procesos de paz, derechos humanos.

## **Theoretical aspects of Transitional Justice: a critical look for its application in Mexico**

### **Abstract**

To overcome the current state of affairs in the themes of violence, insecurity, widespread violations of human rights and care for victims, many voices of academia, social groups and the government of President Andrés Manuel López Obrador in Mexico have suggested the application of judicial and political measures aimed at repairing massive violations of human rights; using transitional justice processes, which have already been put into practice in other countries - peace processes or peace missions - to overcome their contexts of conflict, repression and impunity; and it is precisely the intention of this work to place in relief, with clear and concise bases, the meaning of transitional justice, which is an eventual paradigm of change in Mexican society with a view to achieving peace and reconciliation in the country.

3 Abogado, Especialista en Derecho Penal, Postdoctor y Ph.D en Derecho y Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia; Ph.D. en Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar; Maestría en Educación Universidad Pedagógica Nacional; Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá; Maestría en Derecho Penal Universidad Libre; Miembro de Honor de la Fundación de Victimología (FUNVIC); Miembro Honorario de la Asociación Colombiana de Criminología ACC; Asociado Categoría titular Asociación Colombiana para el Avance de la ciencia ACAC; Par académico del Ministerio de Educación Nacional y par académico de Colciencias y clasificado como investigador asociado. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co

4 Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, Postdoctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, Postdoctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; Investigador Senior por Colciencias; Docente Investigador de la Corporación Universitaria Americana.

5 Abogada Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Público Universidad Nacional de Colombia, Especialista y Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre, coinvestigadora "Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN, Reconocido y clasificado en A COLCIENCIAS 2017. E-mail: wgomezc@unal.edu.co

**Key words:** violence, transitional justice, peace processes, human rights.

## Introducción

Dentro del actual contexto mexicano de conflicto provocado por la violencia exacerbada, alimentada por las deficientes estrategias y políticas de seguridad empleadas por los gobiernos municipales, estatales y federales de las últimas tres décadas, en los que, el tratamiento de combate a la violencia es la propia violencia, las cuales generan nuevas heridas en la sociedad mexicana; sumado a los paupérrimos niveles de desarrollo humano, la pobreza extrema, la desigualdad económica, alimentaria, sanitaria, degradación ambiental y agudizada por la violencia personal provocada por el crimen organizado transnacional; la cual parece que no tiene límites, pues cada día se profundiza más la crisis de violencia, no respeta poderes, partidos políticos, religión, clases sociales, condición migratoria y que evidentemente deteriora la calidad de vida y los derechos humanos de millones de personas que habitan y transitan en el país, situando a México como uno de los países más violentos del mundo, ello de acuerdo a diversos estudios de organizaciones internacionales.

Desde que comenzó la lucha contra las organizaciones delincuenciales cuya principal actividad es la producción, el trasiego y distribución de droga en el país y en el extranjero, se han registrado y documentado innumerables violaciones a los derechos humanos, como lo son casos de tortura, privación ilegal de la libertad, desapariciones forzadas de personas, personas desplazadas, así como la ejecución de miles de individuos; actos que sin lugar a dudas son degradantes de la dignidad humana y que ha dejado a cientos de personas y familias víctimas en la sangrienta guerra contra las drogas, que de manera directa e indirecta han sufrido los estragos de este fenómeno, y que sin temor a dudarlos, estas no han recibido un tratamiento adecuado y una reparación integral.

Pues de acuerdo con los diversos colectivos pro víctima, estas no han tenido acceso a la verdad, a la justicia y mucho menos la reparación; pues la mayoría de los casos no son investigados y en otros cuantos, las indagaciones son dilatorias, carecen de seriedad, imparcialidad y efectividad; pues han sido deficientes, por lo que no se han constituido en recursos efectivos para garantizar los derechos de acceso a la justicia y permitan a las víctimas conocer la

verdad; condenándolos a la total impunidad, la cual responde a un ciclo de cobardía “de los que la generaron, pero también de los que la consintieron o consienten posteriormente” (Garzón, 2005), negándoles con ello su derecho a un recurso efectivo, violando a todas luces la carta política mexicana y faltando a las obligaciones internacionales.

Ante este cruel panorama, existe un agravio adicional que enfrentan las personas en busca de justicia, esto es, desafiar una serie de violencias de carácter estructural, las cuales provienen de las instituciones de procuración de justicia y de seguridad -las cuales hoy en día deberían ser declaradas en emergencia-, permitiendo con ello la revictimización de los afectados, transgrediendo sus derechos de ayuda, asistencia, protección y atención inmediata, lo cual atenta cada día de su existencia en lo más fundamental, nos referimos a su dignidad.

### **Nociones clave de la justicia transicional**

La intención por abrir el debate, dotar de sentido y brindar una noción de justicia transicional ha estado presente desde hace varios años en la esfera internacional, los organismos de carácter universal -ONU y regional OEA-Corte Interamericana de Derechos Humanos- han venido presentando especial atención en sus trabajos al tema,<sup>6</sup> pues la misma tiene como objeto el atender el sector de la población que sufre o ha sufrido conflictos y colaborar en conjunto con los gobiernos de los Estados, sociedad civil y víctimas en tres esferas de intervención y de transformación: en lo cultural, social y personal.

Necesaria la intervención en esas tres esferas pues “the brutality of the past not only highlights the insufficiency of predecessor institutions to guarantee

6 En el caso de la ONU, véase el informe de 2004 “*The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*”; mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho diversos análisis de justicia transicional en las sentencias: Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, Párrafo 470; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párrafo 198; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, Párrafo 150; Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, Párrafo 510, entre otros.

basic rights but makes plain the need for new or reformed institutions to prevent the repetition of so much abuse”. (De Greiff, 2014) para alcanzar la reforma es necesaria la elaboración de instrumentos y mecanismos jurídicos, que les permitan colmar lagunas jurídicas o llenar espacios que dan pie a la comisión de crímenes (Huertas Díaz, Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 2017), violaciones a los derechos humanos y los altos niveles de impunidad e iniciar los procesos de reforma de las instituciones de justicia que les permitan alcanzar la paz y reconciliación nacional.

Para entender esta figura, las Naciones Unidas han definido a la justicia transicional como *“the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.”* (Security Council UN, 2004).

Otra de las corporaciones que han dado una visión acerca del concepto de este tipo de justicia, es la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha sostenido que la justicia transicional “es un conjunto amplio de procesos y mecanismos, judiciales y no judiciales, de carácter excepcional y transitorio, que responden a largos periodos de violencia generalizada, en los que se han cometido constantes violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario (Justicia transicional-alcance del concepto/justicia transicional-propósitos, 2018).

Por su parte De Gamboa Tapias refiere que la Justicia Transicional, “constituye una concepción democrática de la justicia que analiza la forma como las sociedades afectadas por masivas violaciones a los derechos hu-

---

7 “Trad. a.” (“Filiberto R Manrique”) a continuación “...la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella), así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.”

manos, causadas por una guerra civil, un conflicto violento o por regímenes dictatoriales, pueden hacer tránsito a regímenes democráticos en los que se pueda garantizar una paz duradera” (De Gamboa Tapias, 2006), pues lo que se pretende con estos procesos es superar y transitar de este tipo de contextos de abuso a un régimen de carácter democrático.

Aquí conviene señalar que los “abusos del pasado a los que hace referencia la justicia transicional suelen ser catalogados como crímenes internacionales, graves violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario” (Reátegui, 2011) cometidos gran parte de ellos en contextos de transición de gobiernos totalitarios, autoritarios, dictadura a la democracia o de conflictos armados intraestatales, tales como lo son los grupos subversivos, guerrilleros o paramilitares.

Ejemplo de esos casos en la región Latinoamérica tenemos el “fin del conflicto armado en –El Salvador, Guatemala y Perú– o a una dictadura –como Chile, Argentina, Perú y Uruguay– sino también en aquellos –como Colombia– donde la confrontación armada continúa y la existencia misma de una verdadera transición” (Galvis, 2010) países en los cuales la práctica de la justicia transicional se ha cristalizado, pues las medidas que se han discutido y adoptado han venido a modificar profundamente el adn de sus instituciones jurídicas y da paso a las transformaciones sociales y democráticas, con el objetivo de alcanzar la paz.

Por lo anterior, bien se ha dicho que “la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto “de un peor a un mejor estado” (Ambos, Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, 2009), por ello, se ha mencionado que la sociedad se encuentra ante un cambio de paradigma al implementar procesos de transición, pues los mismos están encaminados a generar un cambio positivo de ciertos contextos de conflicto, de diferencias sociales, de violencia; de allí que esa justicia se “asociada con periodos de cambio político, caracterizada por las respuestas legales para confrontar los daños de los regímenes represivos anteriores o de un conflicto armado interno” (Ambos, Cortés Rodas, & Zuluaga, Justicia transicional y Derecho Penal Internacional, 2018).

Dichos cambios se resumen en cinco componentes a llevar a cabo, nos referiremos a la reforma de instituciones, la verdad, la justicia, reparación y la

generación de garantías de no repetición (De Grieff, 2011); para desplegarlos, es posible que desde su planeación o ejecución exista cierta tensión entre justicia y paz, pues en todos los procesos se ha dado la misma, provocada por los intereses o polémicas tanto de víctimas, victimarios, gobierno y sociedad; por ello, muchos autores señalan que en ocasiones para alcanzar la paz se diluye la justicia, ello se debe en parte a los acuerdos y condiciones de paz que se lleven a cabo para el desarme, desmovilización y reinserción “DDR” o la polémica que en ocasiones pueden generar las amnistías, indultos o tratamientos especiales.

Si bien, desde el diseño hasta la implementación de la justicia transicional sigue habiendo desacuerdos profundos entre los actores; ello no significa que se menosprecien los derechos e importancia de las víctimas dentro de este tipo de procesos, pues recordemos que estamos hablando de una justicia que supera su carácter retributivo e inclina su balanza al lado restaurativo; por ello, las víctimas y sus derechos para alcanzar la paz, son de gran relevancia para superar el conflicto, y abrir una nueva época de expansión y progresividad de los derechos humanos de todos los actores del conflicto.

El enfoque restaurativo en la estructura del modelo de justicia transicional, de acuerdo con Albert Eglash, es aquella que “corresponde a un modelo de justicia en el cual el eje fundamental no es la venganza o el castigo, propio de la justicia retributiva, ni el tratamiento terapéutico propio de la justicia distributiva, sino en la restitución y en la reparación de los efectos negativos de la acción delictiva en el sujeto pasivo de la misma” (Eglash, 1977), es decir, equilibra los derechos de las víctimas, permitiéndoles con ello, la oportunidad de discutir y plantear cómo han sido afectadas y decidir qué debe hacerse para alcanzar la reparación del daño.

Pues tal y como lo sostiene Tony Marshall, estamos ante un proceso “a través del cual las partes que se han visto involucradas y que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro” (F. Marshall, 1999) pues la violencia generalizada requiere de una atención mancomunada, que involucre todos los sectores de la sociedad, los gobiernos nacionales e internacionales, las organizaciones internacionales; pero tomando en cuenta a las víctimas directas, indirectas y potenciales, pues son los actores primordiales y destinatarios últimos de la justicia de transición; solo de mane-

ra solidaria y mancomunada se pueden procurar todos los caminos posibles hacia la paz, el cual consideramos el fin último de los procesos de transición.

De lo anterior, estamos en posibilidad de afirmar que el concepto de justicia transicional es integral, pues la misma está pensada como un conjunto de mecanismos, políticas, planes y programas tendientes a resolver el conflicto y generar las mejores condiciones para el posconflicto; pues son procesos transicionales complejos de superar, que implican una serie de cambios o reformas sociales, legales, económicas, institucionales y políticas; acompañada de una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o administrativa; las cuales se encaminan a dar respuesta y tratamiento a los periodos de violencia, para alcanzar la reforma de las instituciones que permitan el acceso a la verdad, justicia, paz duradera, reparación a las víctimas y memoria de un conflicto, respetando en todo momento sus derechos y sobre todo su dignidad.

En esa línea de pensamiento, señalamos que se han determinado por lo menos cinco puntos estandarizados clave en el contexto de la justicia transicional para alcanzar la paz, a saber:

“ ...

1. Instaurar o fortalecer el Estado de derecho y la democracia.
2. Respetar y hacer efectivos los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.
3. Adoptar reformas institucionales y otras garantías de no repetición.
4. Restaurar la confianza de los ciudadanos y avanzar en los procesos de reconciliación; y,
5. Alcanzar y mantener una paz duradera...” (Ibañez Najar, 2014).

Dichos puntos proponen unos cambios radicales de una naturaleza jurídica-política, los cuales pueden presentarse o no, o ampliarse a otros más, de acuerdo con las diversas necesidades contextuales de cada caso en particular, pero siempre tendientes a la recuperación de un Estado en el que se respeten los derechos humanos y confrontar el legado de violaciones a los mismos; cabe señalar que en las experiencias de justicia transicional dichas medidas se implementan por largos periodos de tiempo para efecto de alcanzar el éxito en la transición.

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia ha señalado una serie de propósitos que se pretenden con la justicia transicional, a saber:

- I. responder a la violencia generalizada y, por ende, asegurar el derecho a la paz;
- II. *garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos violentos;*
- III. *fortalecer al Estado de derecho y a la democracia;*
- IV. *y promover la reconciliación social.* (Justicia transicional-alcance del concepto/justicia transicional-propósitos, 2018).

Aunque nosotros consideramos que, la intención autentica de la justicia transicional tiene su base en el reconocimiento, el reivindicar, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos y la dignidad de todos los actores del conflicto, restaurar los valores de la justicia para alcanzar la paz y que la misma sea estable y duradera.

Para superar el conflicto, de primera mano se requiere de la reforma de instituciones que permitan a los actores del conflicto tener acceso a los derechos como lo son la verdad, tener acceso a la justicia, reparación, no repetición y la reconciliación, los cuales son aspectos y elementos básicos y fundamentales para entender la justicia transicional y alcanzar la anhelada paz; a continuación, desarrollaremos de manera breve, el contenido de tan importantes derechos.

## **Derecho a la verdad**

Este derecho es uno de los pilares de los procesos de justicia transicional; se ha desarrollado bajo las exigencias de los individuos y de la sociedad de conocer de manera completa, objetiva, veraz y detallada la verdad en lo ocurrido en ciertos conflictos, violencia generalizada, guerras civiles o procesos de transición democrática; y de la obligación de los gobernantes de investigar y proporcionar información integra a las víctimas directas, indirectas y a la sociedad sobre la causa, modo, motivo y circunstancias en que ocurrieron dichos sucesos.

El concepto jurídico de la verdad, hace alusión a su doble dimensión; tanto la dimensión de un derecho individual y colectiva “que tiene la víctima y la sociedad como un todo, respectivamente, de saber lo que ocurrió en relación con las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario” (Ibañez Najjar, 2014) lo cual se liga al derecho que tienen los pueblos de conocer su historia, el pasado de violaciones para efecto de evitar su repetición, lo cual también forma parte de su patrimonio intangible, pues es parte de su memoria; por ello el Estado tiene el deber de preservar la información y toda clase de archivos relacionados con las violaciones a los derechos fundamentales de las personas, lo cual frena además las tesis de negacionistas de esos acontecimientos.

Es tan fundamental ese derecho que dentro de los principios actualizados para la lucha contra la impunidad se declara que “cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes” (Orentlicher, 2005). Por ello, es el Estado el obligado a proporcionar las debidas medidas para garantizar ese derecho, empleando para ello comisiones de la verdad u otros órganos que indaguen, preserven la información y garanticen su consulta.

La justicia transicional, se concibe dentro de un marco amplio e integral de justicia, en la cual, los derechos de las víctimas están en primer orden; derechos como lo son “a la verdad y reparación en sentido amplio (...). para ello, son desarrolladas y aplicadas alternativas a la persecución penal (...) en particular comisiones de la verdad” (Ambos, Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España, 2009). Las cuales, dicho sea de paso, deben ser adoptadas de buena fe y de contar con el componente de legitimidad y aprobación social que permita recuperar la confianza y credibilidad no solo de las víctimas sino de la población en general.

Dichas comisiones de la verdad representan además de un derecho, una esperanza y certeza para aquellas víctimas que esperan la interrupción de la impunidad en que se encuentran sus casos, pues las mismas son indispensables y complementarias “para restaurar la justicia y la reconciliación, ya que se centran en las víctimas, ayudan a establecer anales para la historia y recomiendan medidas correctivas.” (Security Council UN, 2004) todo ello, encaminado a

la búsqueda de la verdad, esclarecimiento de los hechos, rendición de cuentas, conocimiento y divulgación de la verdad.

Esteban Cuya nos da claridad meridiana para darle ese valor a la Verdad, pues en “los crímenes de derechos humanos refleja la independencia del poder judicial, la libertad de información y la voluntad del estado para honrar sus compromisos internacionales. Sin verdad no hay posibilidades de reconciliación (...) La verdad plena, que es parte de la memoria histórica, es una deuda para con los familiares de las víctimas de abusos de derechos humanos (...) La verdad tiene un poder restaurador, puede sanar a las personas atormentadas por la falta de información sobre el destino de su ser querido” (Cuya, 2019).

Es por ello que, el derecho a la verdad también se constituye como una medida de reparación a las víctimas, pues “el conocimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las motivaciones y la identificación de los perpetradores son elementos fundamentales para reparar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos” ( Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014). .por ello, se ha dicho que el derecho a la verdad guarda una estrecha relación con otro derechos, tal como lo es la reparación y la justicia.

## **Derecho a la justicia**

Derecho de reconocimiento internacional, el cual implica la obligación y el deber de los Estados de investigar, identificar, procesar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, dicha tutela judicial desplegada por tribunales previamente establecidos, deberán de actuar con la debida diligencia y profesionalismo; evitando en todo momento “dilaciones y entorpecimientos indebidos, que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos” (Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, 2003).

Otro aspecto a tomar en consideración, es que los tribunales encargados de impartir justicia deberán ser competentes, independientes e imparciales, ya sea de carácter nacional, internacional o híbrido, etc. Ello en atención a satisfacer el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y

dentro de un plazo razonable por un tribunal previamente establecido. Por ello, es que en todo el aparato de justicia debe recaer un proceso de reforma, la cual van más allá de la actividad tradicional de impartir justicia penal con la investigación, enjuiciamiento, sanción y posterior ejecución de las penas de los responsables de la comisión de crímenes que atentan contra los derechos más básicos de las personas.

Sumado a lo anterior, es que los Estados deberán admitir “la competencia concurrente de un tribunal penal internacional o de un tribunal penal internacionalizado cuando los tribunales nacionales no ofrezcan garantías satisfactorias de independencia e imparcialidad o cuando les resulte materialmente imposible desempeñar debidamente sus investigaciones o su seguimiento de una causa criminal o no estén dispuestos a ello” (Orentlicher, 2005). Esto significa, remover cualquier obstáculo de *facto y de jure* que menoscabe la administración de justicia y propicie la impunidad.

## **Derecho a la reparación**

El derecho de reparación hace referencia “a la obligación a cargo del Estado de reparar los daños causados por el incumplimiento de una obligación internacional. La obligación de reparar se desprende de la responsabilidad del Estado” (Ibañez Najar, 2014), la cual, puede derivar tanto de acciones u omisiones de respetar y garantizar derechos humanos, cuyos titulares son las víctimas.

Enrique Gil Botero, opina que la reparación a los derechos humanos no puede circunscribirse a un aspecto pecuniario, ya que se lesionan una serie de garantías y derechos que no son de naturaleza económica, por lo que se requiere acudir a la reparación integral en atención a la naturaleza del daño producido. Por lo que la indemnización económica es insuficiente para efecto de reparar las violaciones a los derechos humanos, se advierte entonces que la reparación integral a las víctimas de las acciones u omisiones del Estado deben de abarcar las cuestiones patrimoniales y las extrapatrimoniales.

Cuando se han transgredido las obligaciones de respeto y garantía establecidas en el ordenamiento tanto nacional como internacional de derechos hu-

manos, se requiere de un amplio conjunto de medidas de reparación pecuniaria y no pecuniaria para efecto de lograr la *restitutio in integrum*. Sergio García Ramírez ha tenido a bien opinar que, “en el régimen de las reparaciones existe un concepto de muy amplio alcance: como medidas de derecho interno o de orden interno.... Se trata de acciones de variada naturaleza y alcance que atienden a la garantía, el resarcimiento y la no repetición” (García Ramírez, 2010) dentro de esas acciones de variada naturaleza se comprenden medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción que abarquen todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas.

En escenarios de justicia transicional el resarcimiento de las víctimas es masivo, por ello, se “exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos” y de sus instituciones (Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, 2013), por ello, se requiere de “programas administrativos de reparación que constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación.” Pues el cumplir con ese objetivo supera los parámetros de reparación que la justicia ordinaria y su legislación plantea.

### **Garantías de no repetición**

Corresponde a un derecho de las víctimas y a una obligación del Estado de garantizar la no repetición de los actos lesivos a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; las cuales, pueden constituirse en medidas positivas, razonables, concretas y eficaces de protección a las víctimas y prevención en la violación de sus derechos, tales como lo son las campañas de educación, difusión, divulgación y sensibilidad de los derechos humanos, capacitación de servidores públicos, entre otras.

Para alcanzar ese fin “los Estados deben emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto del imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos, y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales” (Orentlicher, 2005), de allí que, las reformas institucionales, jurídicas y administrativas son indispensables para alcanzar tal fin.

## Reforma legislativas e institucionales

Para materializar los derechos anteriormente señalados y alcanzar de manera exitosa los objetivos que pretende la justicia trasnacional, se requiere de la implementación de reformas legales e institucionales de fondo, que permita un cambio en la esfera judicial y administrativa que ha consentido las violaciones y el desconocimiento a los derechos humanos; por ello, no se puede prescindir de ajustes institucionales que viabilicen dichos procesos; “pues en las transiciones a la democracia la implementación de reformas institucionales radicales, se advierte como algo apenas natural” (Barbosa Castillo, 2016).

Pues resulta necesario que las medidas planteadas por la justicia transicional se desarrollen dentro del marco del Estado de derecho, esto es, que “los poderes públicos están, además, sujetos a la ley y, por lo tanto, limitado o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos” (Ferrajoli, 2001), pues solo de esa manera se podrá responder con un recurso efectivo, aquí tenemos que hacer hincapié, que los mecanismos jurídicos van variando dependiendo del momento político y social que se vive en el país en donde se pretende desarrollar este tipo de procesos y estrategias de finalización del conflicto, generación de políticas y programas de postconflicto y construcción de paz.

Por ello, los cambios deben de atender los contextos específicos, para alcanzar la calidad de ser idóneo para combatir las violaciones causadas durante el conflicto o postconflicto; se requiere el desarrollar el marco legal de la justicia de transición, “las iniciativas que se pongan en marcha tienen que ser acorde con las peculiaridades de cada contexto: cada programa debería estar basado en un análisis minucioso del conflicto, la historia del régimen saliente y la naturaleza o el nivel de gravedad de los abusos cometidos, entre otras cuestiones” (Gil Blasco, 2018).

Dichas reformas deben de partir de cambios constitucionales que reconozcan a ese nivel la justicia transicional y el derecho a la paz, los cuales son indispensables para la elaboración del marco y formación de leyes secundarias (Huertas Díaz, R. Manrique Molina, Correa de Molina, Trujillo González, & Herreño Castellanos, 2015), aquí es relevante señalar que “la creación de un sistema de justicia transicional obedece a la necesidad de hacer frente desde el Estado constitucional de derecho a una situación que desborda el sistema de

justicia establecido por el ordenamiento para situaciones ordinarias y concretas en cuanto a su alcance material y subjetivo” (Ruiz Rico, 2018), pero que en general desborda toda la actividad estatal para hacer frente y dar tratamiento a esa problemática.

Las reformas legales, deberán ir en perspectiva de garantizar la verdad y justicia a las víctimas de los grupos desmovilizados al margen de la ley; conceder beneficios para dar por terminado el periodo de violencia, tales como las normas sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales; normas que contemplen penas alternativas y sanciones de carácter extrajudicial; se dicten las normas que contemplen las medidas de vindicación de derechos de las víctimas del conflicto armado interno, tales como lo son la atención, asistencia y reparación integral; así como de dotarles de las debidas garantías para la no repetición, a fin de evitar la recurrencia de los actos que originaron las violaciones a sus derechos humanos.

Otro de los cambios a implementar es la denominada reforma institucional, para lograr el éxito en un proceso transicional, se requiere de contar con la presencia de instituciones gubernamentales, quizá con deficiencias en sus capacidades, habilidades, aptitudes y conocimientos necesarios para desarrollar de manera adecuada el proceso, pero que sean existentes; pues solo estas medidas son viables cuando “se aplican en países con grados relativamente altos de institucionalización tanto horizontal como vertical...estos no eran países en los cuales las instituciones del Estado estaban completamente ausentes de porciones grandes del territorio nacional” (De Grief, 2011). Si bien, pueden ser instituciones frágiles o interrumpidas, pero susceptibles de ser reformadas.

La tarea se complica y el reto toma otras características cuando tenemos ausencia total de la estructura gubernamental, en donde el contexto de violaciones se debe a un estado fallido, porque el gobierno ha perdido el control, la autoridad y la seguridad de un territorio determinado, pues es notoria su ausencia; donde el estado de derecho ha decaído y se ha hecho retorno al estado de naturaleza de las personas, a la imposición de la voluntad del más fuerte; en donde el Estado ha perdido el monopolio de la coacción física para mantener el orden vigente (Weber, 2002).

Por ello Weber refiere que, para la existencia del Estado, es importante que los hombres sean sometidos a la autoridad, ello es claro en aras de mantener

el orden y la paz, conservando para ello el monopolio de la violencia, pues es el único instituto político legitimado para ejercer la misma. Resulta por ello obvio, que en contextos de un estado fallido no hay terreno fértil para la implementación de la justicia transicional.

## Reconciliación

La reconciliación como derecho colectivo en las esferas social y política, es indispensable para obtener el perdón recíproco entre ofensor y víctima, quienes son actores del conflicto, no se trata de olvidar aquellos traumas ocasionados por los acontecimientos violentos, sino de superarlos; “para que una reconciliación nacional verdadera y durable pudiera tener lugar, sería necesario que todos los actores involucrados en el conflicto, y no sólo los actores armados, participaran activamente en su superación” (Uprimny Yepes, Saffon Sanín, Botero Marino, & Restrepo Saldarriaga, 2006) para ello, resulta necesario generar confianza en que las negociaciones, acuerdos alcanzados y las promesas entre los actores serán cumplidas.

Debemos entender a la reconciliación como “aquel proceso y fin que deben perseguir las sociedades que quieren dejar atrás las situaciones de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario mediante la garantía de los derechos de las víctimas y el logro y mantenimiento de la paz” (Ibañez Najar, 2014). En donde el perdón, es un factor indispensable para alcanzar la reconciliación; en el cual no intervengan terceros ajenos al conflicto, pues se trata de un acto de carácter personal, en el cual, la víctima o sus derechohabientes conozcan al autor de las violaciones y que éste haya reconocido los hechos y acepte plenamente su responsabilidad.

Por ello, en países de África se han creado comisiones de reconciliación, ejemplo de ello tenemos la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Liberia; la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona; La Comisión de la Equidad y la Reconciliación en Marruecos. En Asia se creó la Comisión para la Acogida, Verdad y la Reconciliación en Timor-Leste; mientras que en Latinoamérica tenemos como ejemplo la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú y en Colombia tenemos más recientemente la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

Con justa razón, Arendt señaló que, la reconciliación vista como el perdón en la sociedad, se encuentra cada vez más afincada en principios de una vida armónica, sin violencia –por lo menos no en su expresión más agresiva o bélica- y con toda la acción humana encaminada al mantenimiento de esa paz pese a la fragilidad tanto de esa acción humana como de las relaciones entre los humanos, (Arendt , 1993) si en México se quiere alcanzar la paz, es premisa no emplear la violencia para alcanzarla, para ello, se requiere de la reconciliación nacional.

De lo anteriormente señalado, sostenemos que la verdad, justicia, reparación, no repetición y la reconciliación son los aspectos elementales y fundamentales para entender la justicia transicional y como base para alcanzar la paz estable y duradera en aquellas sociedades que han sido víctimas del conflicto, del encono, el rencor y la violencia.

### **Principios de la justicia transicional**

Estos permiten colmar los vacíos o lagunas a nivel constitucional o normativo, eliminando en la medida de lo posible la discrecionalidad política del legislador (Guastini, 2010), y que podría impactar en la labor de las autoridades de los tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en sus tres niveles, llámese Federales, Estatales y Municipales; así como a todas aquellas que tienen el carácter de autónomas y se podrían reconocer en la Constitución, como lo es el caso de las comisiones de la verdad, reconciliación, de búsqueda, entre otras.

Pues todo este conjunto de autoridades, están llamadas y tienen la responsabilidad de hacer efectiva la aplicación de las obligaciones legales en torno a la construcción de nuevos escenarios de paz reconocidos constitucional y en instrumentos internacionales, aquí es importante señalar que estos principios son fundamento y base de lo que se le ha denominado justicia transicional; los cuales “tienen su origen en la doctrina, la jurisprudencia y las decisiones de los organismos internacionales encargados de proteger los derechos... los cuales han sido sistematizados, principalmente en los principios y directrices de Louis Joinet para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” (Ibañez Najar, 2014).

Cabe señalar que dicho conjunto de principios ha sido actualizado en data 8 de febrero de 2005 por la experta independiente Diane Orentlicher, bajo resolución E/CN.4/2005/102/Add.1. Dichos principios se resumen en: I.- Obligaciones generales de los Estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad; II.- Derecho a saber; III.- Derecho a la justicia; y IV.- derecho a obtener reparación y garantías de que no se repitan las violaciones.

Esto resulta trascendente, pues tal y como lo señala Becerra Ramírez, “la incorporación de lo internacional exige la observancia de principios de política y derecho internacional tendencialmente orientadores del derecho constitucional interno.” (Becerra Ramírez & Miranda Camarena, 2013) pues estos principios tienden a optimizar la aplicación en el plano interno de este tipo de procesos.

Para lograr lo anterior, y poner un freno, limite a la impunidad y superar los prolongados periodos de violencia, la justicia tradicional es también una justicia principalista, pues se fundamenta en los siguientes principios:

- a. *la obligación del Estado de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, incluida la violencia sexual, y de castigar a los culpables;*
- b. *el derecho a conocer la verdad sobre los abusos del pasado y la suerte que han corrido las personas desaparecidas;*
- c. *el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a obtener reparación; y*
- d. *la obligación del Estado de impedir, mediante la adopción de distintas medidas, que tales atrocidades vuelvan a producirse en el futuro* (Naciones Unidas, 2014)

Dichos principios comunes, son base para la optimización en la aplicación de procesos de la justicia transicional, si bien es cierto, se pueden agregar otros más para adecuarse a los contextos, pues cada caso de justicia transicional a nivel global y regional han sido disímiles; en América Latina, los enfoques han sido distintos a los que se han presentado en el continente africano, incluso a los aplicados en el postconflicto de la segunda guerra mundial, por ello, aseguramos que cada proceso guarda sus peculiaridades, pues no hay un modelo que se adecue a todas las situaciones.

## Amnistías en tiempos de transición

Una de las figuras que se emplea dentro de los procesos de justicia transnacional y que frecuentemente genera cierta polémica son las amnistías e indultos; pero las mismas son pieza fundamental para alcanzar la paz, porque a cambio de “su otorgamiento puede conseguirse que los autores de graves crímenes cesen sus actividades delictivas, depongan las armas e, incluso, acepten cambios en el sistema político, en el modelo económico o en la estructura del Estado” (Reyes Alvarado, 2018) sumado a ello, tendremos que señalar que su empleo no es ilegal.

Pues su legitimidad y empleo tiene su fundamento dentro del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, el cual señala dentro de su artículo 6 sobre diligencias penales, apartado 5 lo siguiente:

1. *El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado...*
- ...
5. *A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.*

Un aspecto fundamental que considerar, es que no se pueden aplicar amnistías de punto final, absolutas, generales, (blanket amnesties), autoamnistías u otras medidas de exención en aquellos casos que se han cometido delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra enmarcados en los artículos 6 a 8 de la Corte Penal Internacional<sup>8</sup>. Cabe recordar que las obligaciones que surgen de este importante de este instrumento internacional son inderogables, por ello, cualquier ley de amnistía de punto final, autoamnistía o prescripción sobre delitos graves o de lesa humanidad son nulas *ab initio* y carecen de efectos jurídicos.

8 Recordemos que en [...] los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos [...], véase Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. U.N. Doc. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr. 10.

En ese sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha señalado que “las amnistías que exoneran de sanción penal a los responsables de crímenes atroces en la esperanza de garantizar la paz suelen fracasar en el logro de su objetivo, y en lugar de ello han alentado a sus beneficiarios a cometer nuevos crímenes.” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008) pues este tipo de medidas contribuyen a generar e incentivar los altos índices de impunidad, constituyéndose en un auténtico obstáculo para el derecho a la verdad, el cual es fundamental para materializar la paz y reconciliación.

Por lo anterior es que, en la justicia transicional se plantean amnistías más responsables o responsabilizantes, “las cuales consisten en negociaciones de paz que hagan todos los esfuerzos necesarios para garantizar los derechos de las víctimas y los deberes del Estado de establecimiento de la verdad, castigo de los victimarios y reparación de las víctimas” (Uprimny Yepes , ¿Justicia transicional sin conflicto armado, sin transición y sin verdad?, 2005); es decir, es una amnistía con enfoque condicionante o flexible, cuya finalidad es la exención de la ejecución de la pena a cambio de la realización o ejecución de ciertos actos o concesiones; es decir, son medidas de contenido retributivo pero sin dejar de considerar el aspecto restaurativo, por ello, en estas medidas se deben de privilegiar y atender siempre a criterios de cumplimiento y garantía de los derechos de las víctimas.

Por último, tenemos que señalar que las amnistías, indultos o tratamientos especiales deben de cumplir con los estándares internacionales, entre estos:

“ ...

- a. Pensadas para facilitar la consecución de paz y la reconciliación, y no con el propósito de buscar impunidad por graves crímenes internacionales
- b. La ley que las regula debe ser expedida con estricto apego a los procedimientos propios de un auténtico régimen democrático;
- c. Dicho cuerpo legal solo debe cobijar los delitos respecto de los cuales la ley, la doctrina y la jurisprudencia internacional lo admiten, prohibiendo de manera expresa su aplicación para aquellos crímenes repudiados a nivel global;
- d. Su aplicación es condicionada, en la medida en que los beneficiarios de las amnistías están obligados a cumplir con las obligaciones que el Sis-

- tema impone en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición; y, finalmente;
- e. Las amnistías concedidas por uno o varias de los delitos susceptibles de ellas no implican que el beneficiario quede liberado de su eventual responsabilidad penal por crímenes que no admiten este tipo de beneficios; en relación con ellos, deberá ser sometido a los procedimientos previstos en la Jurisdicción Especial, lo que excluye la posibilidad de descalificar este régimen legal con el argumento de que concede amnistías de carácter general, ampliamente desaprobadas por la comunidad internacional...” (Reyes Alvarado, 2018).

Si se superan los anteriores escollos, podremos estar en posibilidad de señalar que, las amnistías indultos o tratamientos especiales son un aspecto válido y legal a considerar dentro de los procesos de justicia transicional, pues las mismas persiguen formas alternativas de justicia; que si son introducidas cumpliendo los requisitos establecidos dentro del régimen constitucional y democrático de derecho, son un instrumento para promover la paz y alcanzar la reconciliación, siempre y cuando se observen los derechos de las víctimas.

### **Transición fragmentaria para la aplicación de la justicia transicional en México.**

Para llevar a cabo un proceso de justicia transicional en México, bajo el contexto de lucha contra las organizaciones criminales, resulta no ser el camino idóneo; pues dicho contexto no obedece a un conflicto armado declarado en contra de un grupo paramilitar o subversivo en específico o encontrarse en una dictadura, con el cual los gobiernos y víctimas pueda tener un dialogo de paz y con ello alcanzar la desmovilización y desarme; sino que se trata de una lucha contra el crimen organizado, en la cual no se trata de un grupo en específico, sino que existe una fragmentación de carteles, células del crimen organizado, bandas criminales “Bacrim” (Manrique Molina & Jiménez Rodríguez, 2016), de allí que la implementación de la justicia transicional nos genera ciertas incertidumbres sobre su éxito.

Dichas organizaciones se encuentran fragmentadas y dispersas en todo el territorio nacional, por ello, consideramos que existiría un gran reto para pretender llevar a cabo un proceso de Justicia transicional en México; pues ade-

más se suma que las mismas se encuentran en constante mutación en cuanto a su nombre, cambios de líderes, control de territorio y actividades.

Para darnos una idea de la complejidad para llevar a cabo un dialogo y acuerdo de desarme y desmovilización de todos los criminales en el país, la Procuraduría General de la Republica, en el oficio PGR/UTAG/DG/000250/2017 señala la presencia de 9 grandes carteles operando en el país: **Cártel de Sinaloa o pacífico**; **los Beltrán Leyva**; **Cártel del golfo**; La familia michoacana; Los zetas; Grupo de los Arellano Félix; **Cártel de Juárez**; Los caballeros templearios; Los viagra y El cartel jalisco nueva generación.

Los cuales han ido cambiado al pasar de los meses, pues se encuentran en constante reacomodo, recomposición y dispersión (Huertas Díaz, Gómez Rodríguez, & Benítez Núñez, El tratamiento legal de la violencia del narcotráfico, como actos terroristas y su vinculación con la delincuencia organizada, 2017); la gravedad del tema es que, para el desarrollo de sus operaciones se apoyan de alrededor de 200 bandas criminales en el país; lo cual dificulta el llevar a cabo una negociación exitosa con miras al desarme, entrega de los responsables, aceptación de los delitos, derivado de la fragmentación existente, pues para alcanzar una negociación exitosa, se requiere del empleo de formas –no violentas, dialogadas- de resolución de los conflictos armados, para ello se requiere del interés e intención de todas las partes en resolver el conflicto, en el caso de México, ninguna organización criminal se ha manifestado por abrir el dialogo, como clave ineludible de la construcción de paz.

Uprimny indica que dicho tránsito se puede presentar en transformaciones de un régimen dictatorial a uno democrático o por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz. (Uprimny Yepes, Saffon Sanín, Botero Marino, & Restrepo Saldarriaga, 2006) En el caso mexicano la justicia transicional que se pretende aplicar a la crisis de violencia, inseguridad y violaciones a los derechos humanos no devienen de transiciones de dictadura a la democracia o causadas por una organización guerrillera insurgente, como quizá podría ser el EZLN; sino que se pretende aplicar a las organizaciones criminales.

Para este tipo de casos cabría otro tipo de procedimiento de justicia ordinaria, tales como lo es el sometimiento y acogimiento a la justicia de miembros de organizaciones criminales, tal y como ha sucedido en Colombia, lo cual

implica otro tipo de tratamiento especial. Por eso dejamos la reflexión e inquietud para otro trabajo de investigación.

Otro de los aspectos que nos genera duda en la aplicación exitosa de este tipo de procesos en el país, es el relacionado al colapso parcial o total de las estructuras del Estado en ciertas regiones, en donde el control ha sido tomado por los criminales; se ha perdido el Estado de derecho, en donde no existe o es muy débil su estructura constitucional, y se carece del conjunto de procedimientos tendientes a asegurar el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La ingobernabilidad que se padece en lugares como lo son los Estados de Colima, Guerrero, Michoacán, Sinaloa y Tamaulipas, en los que el gobierno Federal, Estatal y Municipal han sido rebasados por la delincuencia, prácticamente el Estado no existe; lo cual ha permitido la conformación de grupos de autodefensa como la única forma de autoprotección de los ciudadanos por la desesperación de la población de seguridad, lo que los lleva a hacer justicia por su propia mano, ya que el Estado ha sido de manera reiterada incapaz de poder brindarla.

Pero no todas las comunidades del país se encuentran organizadas y preparadas para defender la vida de sus integrantes ante las amenazas del crimen organizado, muchas de ellas han huido de sus tierras y sus hogares a consecuencia de la violencia; de acuerdo con las cifras en México, “el total de personas internamente desplazadas por la fuerza hasta diciembre del año 2017 es de al menos 329,9171 personas... en la mayoría de los episodios, la violencia es generada por grupos armados organizados” (Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., 2017).

Es claro que, el gobierno de México no ha adoptado las medidas suficientes para mantener su estructura para proteger a sus ciudadanos frente al delito y las violaciones graves a los derechos humanos; Es en esos contextos en donde se asienta el principal problema para implementar este tipo de justicia, lo cual, tal y como se ha señalado anteriormente, resulta difícil lograr su restablecimiento en aquellos espacios donde existe un estado fallido.

Recordemos que las medidas de justicia transicional “fueron aplicadas en países con grados relativamente altos de institucionalización tanto horizontal

como vertical: estos no eran países en los cuales las instituciones del Estado estaban completamente ausentes de porciones grandes del territorio nacional, ni países en los cuales grandes esferas de las relaciones entre los ciudadanos, y especialmente entre estos últimos y las instituciones del Estado, estaban todavía por ser reguladas” (De Grieff, 2011), tal y como ocurre en el caso de México, en el que la institucionalidad y el estado de derecho se ha perdido en proporciones grandes del territorio nacional.

Por ello sostenemos que la primera tarea a realizar por parte de las autoridades gubernamentales, que permita allanar el camino a la implementación futura de manera exitosa del sometimiento y acogimiento a la justicia de miembros de organizaciones criminales, es el fortalecimiento de las instituciones débiles, frágiles y fracasadas, seguido de la recuperación de los espacios perdidos a manos de la delincuencia a nivel nacional.

### **La creación de un marco jurídico para la paz y justicia transicional en México**

Si en un futuro se pretende aplicar estos procesos en México de manera adecuada, -en aquellos casos de cambio de un régimen dictatorial a uno democrático o por la finalización de un conflicto interno armado-, además de la voluntad política de ponerlas en marcha, se requiere de una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ello, proponemos incluir en la carta política un artículo que contemple a la paz como un derecho para todas las personas y un deber de obligatorio cumplimiento para el Estado mexicano.

En términos amplios, podríamos afirmar que, para operar un proceso de tal magnitud, se requiere cumplir con el principio de legalidad, el cual se refiere a que la actuación de autoridades y poderes públicos se encuentre de conformidad y sujetos al mandato legal, absteniéndose de que sus funciones o actos sean contrarios a la ley. Para Pedro Salazar, desde la perspectiva jurídica “la legalidad se refiere a la adecuación de los actos de autoridad a un conjunto de disposiciones legales.” (Salazar Ugarte, 1998) De allí que se requiere de una reforma constitucional en México para enmarcar la actuación de las

autoridades a lo que señalan las disposiciones legales tanto nacionales como internacionales.

Recordemos que “todo poder o facultad requiere necesariamente de fundamentación jurídica. La legalidad debe controlar los actos de los funcionarios.” (Tamayo y Salmoran, 2005) Es precisamente este argumento, el que nos lleva al principio de legalidad, y que si en México se propone aplicar la justicia transicional, se propone que todo actuar de las autoridades debe apegarse y sujetarse a ciertos controles establecidos en la Ley y en el documento de cierre y apertura de todo el sistema jurídico mexicano, esto es, la Constitución.

### **Reforma a las instituciones mexicanas de seguridad e investigación de los responsables.**

Otra de las complejidades que observamos dentro del caso mexicano y las cuales aseguran un fracaso en la implementación de la justicia transicional, de la cual ya señalamos que no se ajusta al contexto concreto mexicano, es la crisis en la que se encuentran las instituciones de seguridad e investigación.

Pues las mismas no cuentan con la debida preparación y capacitación en conocimientos integrales en materia de derechos fundamentales, además de carecer de un perfil profesional para hacer frente a la situación actual, motivo por el cual, en la mayoría de las instituciones de seguridad pública e investigación sus elementos no cumplen con las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos y libertades humanas consagradas en la normativa nacional e internacional.

Por ello, consideramos necesario que se deben adoptar acciones claras y precisas en la materia para cumplir con el estándar internacional, tendiente a una adecuada formación y capacitación a los elementos de investigación y de seguridad, relacionada con la operatividad en la prestación del servicio, pero además deben de optar por una profesionalización que motive un cambio, que sea eminentemente científica, preventiva, sometida a la disciplina, con una profunda filosofía y adoctrinamiento en los derechos humanos; pero sobre todo que se encuentre preparada para desarrollar o apoyar en procesos tan complejos como lo son la justicia transicional.

## Conclusiones

La intención de este trabajo fue colocar en relieve y desentrañar el auténtico sentido de la justicia transicional, señalar claramente que ésta se ha empleado en aquellos casos de violencia proveniente de la transición de dictadura a una democracia, o en contextos de violencia que provienen de conflictos armados internos provocados por grupos subversivos, es decir, encuentra su origen en contextos particulares o con rasgos propios.

En los cuales los gobiernos y víctimas pueden abrir un dialogo con los victimarios de manera pacífica que permita superar la situación de perturbación o turbulencia violenta de la convivencia social; que incluso lleve a los responsables a aceptar sus actos, pedir perdón a sus víctimas y a purgar una u otra pena, la cual no es necesariamente la pena privativa de la libertad; pero se tiene la firme convicción de superar un conflicto.

Negociaciones en los que todos los actores tienen depositada la confianza, en especial las víctimas de que se alcanzará la verdad, la justicia, la reparación, la no repetición, de que en todo momento se les respetará su dignidad; todo ello con miras a alcanzar la reconciliación de toda la sociedad, pues en un conflicto armado todos somos víctimas, pues no tenemos acceso a un derecho tan fundamental como es la paz.

En el caso mexicano, hemos plasmado nuestra posición, respetando los puntos de vista de gobierno, colectivos y académicos, más no compartiéndolos; puesto que el contexto actual, en donde existen espacios geográficos de ingobernabilidad, fragilidad institucional, falta del estado de derecho y en donde existe una fragmentación de las bandas criminales que imposibilita el dialogo, la finalización de conflictos armados y sentar las bases para su transformación pacífica, así como abrir un periodo de transición y pasar al posacuerdo, imposibilita la incubación exitosa de un proceso de justicia transicional.

## Referencias Bibliográficas

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos . (2014). *Derecho a la verdad en América*. Washington D.C.: CIDH.
- Ambos, K. (2009). *Justicia de Transición. Informes de América Latina*, Alemania.

- nia, Italia y España. Berlin: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ambos, K., Cortés Rodas, F., & Zuluaga, J. (2018). *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*. Bogotá D. C.: CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango.
- Arendt, H. (1993). *La condición humana*. Madrid: Paidós.
- Barbosa Castillo, G. (2016). Justicia, Justicia transicional y fuerzas armadas: un análisis desde la perspectiva del derecho penal. En C. Bernal Pulido, G. Barbosa Castillo, & A. R. Ciro Gómez, *Justicia Transicional: el papel de las Fuerzas Armadas* (págs. 28-87). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Becerra Ramírez, J. d., & Miranda Camarena, A. J. (2013). El uso del canon internacional de los derechos humanos. *Revista Opinión Jurídica*, 17-34.
- Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, Serie C No. 270 (Corte IDH 20 de noviembre de 2013).
- Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 101 (Corte IDH 25 de noviembre de 2003).
- Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (2017). *Episodios de Desplazamiento Interno Forzado Masivo en México*. México: CMDPDH.
- Cuya, E. (10 de enero de 2019). *menschenrechte.org*. Obtenido de menschenrechte.org: <https://www.menschenrechte.org/blog/2011/07/31/justicia-transicional/>
- De Gamboa Tapias, C. (2006). *Justicia Transicional, teoría y praxis*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- De Greiff, P. (2014). On Making the Invisible Visible: The Role of Cultural Interventions in Transitional Justice Processes. En C. Ramírez-Barat, *Transitional Justice, culture, and society: Beyond Outreach* (págs. 11-26). New York: Social Science Research Council.
- De Grieff, P. (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional. *Anuario de Derechos Humanos 2011*, 17-39.
- Eglash, A. (1977). *Beyond Restitution: Creative Restitution. En: Restitution in Criminal Justice*. Washington : Joe Hudson & Burt Galaway editores.
- F. Marshall, T. (1999). *Restorative Justice: an overview*. Queen Anne: Home Office Research Development and Statistics Directorate.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista Internacional de filosofía*, 31-45.

- Galvis, M. C. (2010). *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Washington, DC: Fundación para el Debido Proceso Legal.
- García Ramírez, S. (2010). Jurisdicción Interamericana sobre derechos humanos. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, & M. Morales Antoniazzi, *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* (págs. 335-401). México: IIJ-UNAM.
- Garzón, B. (2005). *Un mundo sin miedo*. Barcelona: Plaza Janés.
- Gil Blasco, M. (2018). Justicia transicional: conceptos clave y aspectos normativos. *Res publica*, 123-136.
- Guastini, R. (2010). *Interpretación, Estado y constitución*. Lima: Ara Editores.
- Huertas Díaz, O. (2017). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez/unisabaneta.
- Huertas Díaz, O., Gómez Rodríguez, J. M., & Benítez Núñez, C. (2017). El tratamiento legal de la violencia del narcotráfico, como actos terroristas y su vinculación con la delincuencia organizada. *Pensamiento Jurídico*, 127-156.
- Huertas Díaz, O., R. Manrique Molina, F. E., Correa de Molina, C., Trujillo González, J. S., & Herreño Castellanos, D. (2015). Retos para lograr en México la cultura de la paz y los derechos humanos. *Iustitia*, 285-310.
- Ibañez Najar, J. E. (2014). *Justicia Transicional y las Comisiones de la verdad*. Bogotá D.C: Instituto Berg.
- Justicia transicional-alcance del concepto/justicia transicional-propósitos, Sentencia C-007/18 (Corte Constitucional de Colombia 1 de marzo de 2018).
- Naciones Unidas. (2014). *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*. Ginebra: ONU.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2008). *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto*. New York: ONU.
- Orentlicher, D. (2005). *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. New York: ONU.
- R. Manrique Molina, F. E., & Jiménez Rodríguez, N. P. (2016). Hacia la implementación de un control integrador y universal de los Derechos Humanos en la actuación de las fuerzas de seguridad en México. En H.

- González Chévez, *Seguridad Pública, Presupuesto y Derechos Humanos* (págs. 149-165). México: Fontamara.
- Reátegui, F. (2011). *Justicia Transicional: manual para América Latina*, trad. de Yolanda Chávez,. Nueva York: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Rettberg, A. (2005). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Reyes Alvarado, Y. (2018). La legitimidad de las amnistías en los procesos de justicia transicional. El caso colombiano a manera de estudio preliminar. En Y. Reyes Alvarado, *¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?* (págs. 13-25). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Ruiz Rico Ruiz, G. (2018). Un diagnóstico constitucional de la justicia transicional en Colombia. *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, 133-164.
- Salazar Ugarte, P. (1998). Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México. *Revista Isonomía*, 193-206.
- Security Council UN. (2004). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. New York: ONU.
- Tamayo y Salmoran, R. (2005). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*. México: IIJ-UNAM.
- Uprimny Yepes , R. (2005). *¿Justicia transicional sin conflicto armado, sin transición y sin verdad?* Bogotá: Dejusticia.
- Uprimny Yepes, R., Saffon Sanín, M. P., Botero Marino, C., & Restrepo Saldarriaga, E. (2006). *¿Justicia transicional sin transición?* Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.

# El “Modelo de justicia penal internacional de Núremberg” aplicado al caso de Costa de Marfil<sup>1</sup>

Yenifer Yiseth Suárez Díaz<sup>2</sup>  
Cristian Daniel Sierra Gómez<sup>3</sup>

## Resumen

El establecimiento de un modelo de justicia penal internacional, a través de la Corte Penal Internacional, ha significado la impartición de una justicia más o menos politizada y a favor de los intereses de los grupos dominantes, al respecto la CPI intervino frente a las situaciones de Conflicto en Costa de Marfil, replicando el denominado “*Modelo de Núremberg*”, consistente en aplicar justicia para los vencedores, ignorando el daño a los vencidos y procurando servir a los intereses de la organización vencedora.

**Palabras clave:** Derecho penal internacional. Corte Penal Internacional, Ivo-rité, conflicto armado , intervención, soberanía.

---

1 Texto realizado en el “Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN” de la Universidad Nacional de Colombia, reconocido y clasificado en A COLCIENCIAS 2017.

2 Abogada Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derecho con Profundización en Sociología y Política Criminal. Candidata a Doctora en Derecho Universidad Nacional de Colombia., Investigadora del Grupo “Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN”. Mail: yysuarezd@unal.edu.co

3 Abogado Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia e integrante del “Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN”. Mail: sinelegeun\_fdbog@unal.edu.co

## The “Nuremberg International Criminal Justice Model” applied to the case of Ivory Coast

### Abstract

The establishment of a model of international criminal justice through the International Criminal Court has meant the administration of a more or less politicized justice and in favor of the interests of the dominant groups, in this regard the ICC intervened in the face of situations of conflict in the Côte d’Ivoire, replicating the so-called “Nuremberg Model”, consisting in applying justice to the victors, ignoring the damage to the vanquished and trying to serve the interests of the winning organization.

**Key words:** International criminal law, International Criminal Court, *ivorité*, war, intervention, sovereignty.

### Introducción

Con la creación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) se pretendió remediar muchos de los problemas que evidenció la justicia penal internacional con el establecimiento del Tribunal de Núremberg y los tribunales Ad-Hoc. Sobre todo, se hizo énfasis especial en proteger el principio de legalidad que siempre se vulneraba con el erguir de estos Tribunales Internacionales.

Dentro de los pocos casos que hasta el momento tal institución ha conocido se encuentra la situación de Costa de Marfil. Dicho país entró a la jurisdicción de la Corte porque el 3 de octubre de 2011 el Fiscal de la CPI, con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, abrió *mutuo proprio* una investigación sobre los hechos ocurridos a partir del 28 de noviembre de 2010. No obstante, se amplió la competencia para investigar aquellos sucedidos desde el 19 de septiembre de 2002, aun cuando para aquella época el Estatuto de Roma todavía no había sido suscrito por el país africano: lo ratificó el 13 de octubre de 2013.

Por lo anterior, después de un estudio crítico del conflicto marfileño, se argumentará que, con la intervención de la CPI en Costa de Marfil, se está reproduciendo lo que Danilo Zolo nombró como “modelo Nuremberg” de justicia penal internacional (Zolo & Bossi, 2007, p. 162). Este autor arguye que de la creación del Tribunal de Núremberg se deriva un modelo de derecho penal internacional (en adelante DPI) que se caracteriza por: 1) la violación de principios subjetivos, sobre todo el principio de legalidad; 2) la existencia exclusiva de juicios contra la parte vencida en un conflicto armado; y 3) la politización de la justicia, puesto que este tipo de Tribunales responden a unos intereses de países poderosos, quienes los usan a su conveniencia.

Fungirán como argumentos, para demostrar que dicho modelo se ve reflejado en el caso de Costa de Marfil, los siguientes hechos: 1) se está vulnerando el principio de legalidad dado que se están investigando hechos ocurridos fuera de la jurisdicción de la Corte; 2) se está aplicando una justicia de vencedores porque las personas que están siendo investigadas por la CPI son miembros de la parte vencida en el conflicto marfileño; y 3) hay un interés de una potencia mundial ya que la apertura de investigación tiene fundamento en la presión de la comunidad internacional, sobre todo de Francia, país miembro del Consejo de Seguridad y con gran influencia en el actuar de la CPI.

Para el desarrollo de esto se estudiará, en un primer momento, la historia del conflicto armado de Costa de Marfil; en un segundo momento se hará lo mismo en relación a los Tribunales de Núremberg y Tokio, haciendo hincapié en las diatribas planteadas por Zolo; y en un tercer, se expondrán de manera más adecuada los argumentos antes mencionados.

## **Historia del conflicto armado de Costa de Marfil**

Los actos violentos que ha vivido este país provienen de finales del siglo pasado. Durante dicho periodo se vivió una ola de violencia derivada de un conflicto segregacionista. Específicamente se encuentra el génesis en el régimen de Henry Konan Bedié, quien heredó la presidencia del país debido a la muerte de Houphouet Boigny.

Para mantenerse en el poder, heredado de parte de Boigny, Bedié decidió reformar el Código Electoral. Así, estipuló en dicha normatividad que sería requisito, para aspirar a las elecciones de Costa de Marfil, ser marfileño de na-

cimiento y tener padre y madre marfileños. Esta medida sería posteriormente adecuada en la Constitución, modificando el artículo 35 de la misma (Barbeito Thonon, Caramés Boada, & García Amado, 2008). Esta era una jugada en contra de Alassane Ouattara, el principal contendiente para la presidencia quien tenía orígenes burkineses.

Con esta medida Konan Bedié institucionalizó lo que se conoce como “*Ivoirtié*”. Este término tenía la intención de unificar al pueblo marfileño, creando una identidad relacionada con ciertos valores y componentes étnicos que se supone compartían los verdaderos marfileños (Keith Campbell, 2010). No obstante, lo que realmente significó fue una política de exclusión basada en factores xenofóbicos, pues se enaltecía lo local y se discriminaba lo extranjero.

Lo antes mencionado sin duda fue una de las causas de los posteriores conflictos que Costa de Marfil sufriría. La imposibilidad de que Alassane Ouattara se pudiese postular a la presidencia del país fungiría como catalizador para el inicio de la guerra, dado que este personaje gozaba de enorme popularidad y contaba con el apoyo de la mayoría del pueblo marfileño.

Así, con la subida al poder de Laurent Gbagbo en el año 2000, se empezaron a presentar varios hechos violentos en Costa de Marfil. Pero, no fue sino hasta el 19 de septiembre de 2002 que se intentó dar un golpe de Estado en Costa de Marfil. Para ello se intentaron tomar las ciudades de Adidjan, Bouaké y Korhogo. Las últimas dos fueron efectivamente asaltadas después de la ejecución de varios miembros del ejército marfileño, por lo que parecía ser un ejército extranjero, pues la fuerza rebelde se componía en su mayoría de combatientes de otros países -principalmente de Burkina Faso, Liberia, Guinea, Malí- (Thonnyen, 2012).

Ante tal ataque, el presidente Laurent Gbagbo decidió solicitar ayuda a Francia, que en principio se negaría para posteriormente aceptar la intervención únicamente para la protección de nacionales franceses o europeos. Sin embargo, a pesar de la renuencia a la colaboración, el gobierno francés solicitaría a los otros países la no intervención en el conflicto, bloqueando ayudas armamentísticas de países como Nigeria y Angola.

Con lo anterior se sospechaba la intención que tenía Francia de que el gobierno de Gbagbo fuese derrocado, sospecha que se confirmaría con los hechos ocurridos posteriormente en Bouaké.

Esta ciudad estuvo a punto de ser retomada por las fuerzas armadas de Costa de Marfil, cuando el ejército ejecutó a 320 de los 650 insurrectos, empero, Francia apoyó al movimiento insurgente dotándolos de personal (francés y burkines) y equipamiento militar, ayudando así a que la ciudad no estuviese nuevamente en control del gobierno marfileño. De esta manera el capital humano con el que contaban los rebeldes ascendió a 2500 (Thonnyen, 2012, p. 148).

Posterior a la derrota sufrida en Bouaké la identidad del movimiento rebelde –y de sus principales líderes- fue develada. Se trataba del Movimiento Patriótico de Costa de Marfil (en adelante MPCCI), que era dirigido por Guillaume Soro, anteriormente vinculado con Laurent Gbagbo, pero ahora vinculado con Alassane Ouattara por ser este originario de la parte norte del país. Este vínculo sería esencial para que el Estado torturara y asesinara a varios sindicalistas y estudiantes vinculados a Ouattara.

Tras meses de conflicto se celebraron los acuerdos de Linas-Marcoussis el 26 de enero de 2003. En ellos se pactaba la permanencia de Gbadbo en el poder hasta los nuevos comicios y la modificación de la Constitución Marfileña para que se permitiera a los nacionales, que no tuviesen padres marfileños, la candidatura en posteriores elecciones presidenciales (Barbeito Thonon et al., 2008).

También se estipuló en Linas-Marcoussis la creación de una zona confianza, que era una “franja de interposición bajo el control de las fuerzas imparciales de la ONUCI y las Fuerzas Licorne francesa” (García Amado, 2008). Mediante esta zona país se dividía en dos zonas que serían controladas por el gobierno marfileño y los grupos rebeldes. Con ello se pretendía evitar que el conflicto reanudara, controlando las actividades de las dos partes beligerantes.

Estos acuerdos serían incumplidos, puesto que Gbagbo declararía que fue obligado a firmarlos. De esta forma, el presidente nutriría a sus fuerzas militares de poderío armamentístico (armas, aviones, helicópteros y tanques) para retomar nuevamente la guerra contra el MPCCI (Francis, 2005).

El conflicto se reanudaría nuevamente el 4 de noviembre de 2004, cuando las fuerzas militares marfileñas lanzaron la “Operación Dignidad” con bom-

bardeos sobre Bouaké. Estos bombardeos continuaron por un par de días más hasta que el 6 de noviembre, producto de estos ataques, morirían 9 soldados franceses y un civil estadounidense. Por esto, el ejército francés respondió destruyendo los medios aéreos que pertenecían al gobierno marfileño, ganándose así el repudio de la comunidad africana, el ejército de Costa de Marfil y los seguidores de Gbagbo (Thonnyen, 2012, p. 153).

La participación francesa seguiría siendo importante en el conflicto bélico, sobre todo cuando, después de varias protestas en su contra, los militares franceses atacaron civiles marfileños, matando e hiriendo a muchos de ellos. Por lo anterior los ataques contra los nacionales franceses aumentaron, obligando al gobierno francés a: evacuar a varios ciudadanos, reforzar sus tropas con personal humano, y solicitar al Consejo de Seguridad que prohibiera el abastecimiento armamentístico en Costa de Marfil (Thonnyen, 2012, p. 154).

Los enfrentamientos continuarían por bastante tiempo más, hasta que en el año 2007 se celebrarían los acuerdos políticos de Ouagadougou, que serían promovidos por Laurent Gbagbo y firmados en Burkina Faso.

En cumplimiento de lo acordado en Ouagadougou se celebraron, el 31 de octubre de 2010 y el 28 de noviembre del mismo año, la primera y segunda vuelta (respectivamente) de los comicios que arrojarían al nuevo presidente de Costa de Marfil. Estas elecciones enfrentarían a Laurent Gbagbo y a Alasane Ouattara, arrojando como ganador, en la segunda vuelta, al último mencionado.

Sin embargo, Gbagbo se negó a ceder el poder el 4 de diciembre de 2010. Esto generó un gran número de hechos violentos en el país y significó el comienzo de una disputa entre el ejército marfileño contra las tropas aliadas a Ouattara, las Fuerzas Revolucionarias de Costa de Marfil (FRCI de ahora en adelante).

En razón a esta disputa, y con la intención de debilitar las fuerzas militares del presidente de facto, los FRCI atacaron las principales ciudades del país, apoderándose fácilmente de Duékoué – lugar de la peor de las masacres de esta guerra, que dejó un saldo de 800 víctimas mortales (Jurado, 2014)- y Bondoukou, Tanda, Agnibilékro y Akoupé.

Con la misma intención los FRCI se tomaron el 30 de marzo de 2011 la capital política Yamoussoukro, e inmediatamente al otro día asediaron San Pedro, ciudad de influencia enorme en las exportaciones de Costa de Marfil, sobre todo de cacao. Esta ciudad era de importancia enorme en el gobierno de Gbagbo, tanto así que, como lo afirma Thonnyen “La toma de esta ciudad supuso un desarme moral de todas las personas lucidas que rodeaban al Presidente saliente. A partir de allí, muchas autoridades del Gobierno de Gbagbo no vieron otra opción que huir del país o encontrarse un refugio seguro para escapar” (2012, p. 684).

De esta manera, un par de horas después de la toma de San Pedro, las FRCI arribaron y rodearon Abidjan, ciudad donde se encontraba refugiado Laurent Gbagbo. Con esto comenzaría la guerra de “los doce días” que tendría lugar en dicha ciudad entre el 31 de marzo del 2011 y el 11 de abril del mismo año.

Durante esos días las FRCI se enfrentaron con lo que quedaba de las fuerzas que seguían a Gbagbo. También intervinieron las Fuerzas Unicornio francesas, quienes tomarían el control del puerto y aeropuerto de Abidjan y con ello generarían una enemistad con los partidarios de Gbagbo.

Esto eventualmente implicó que los últimos mencionados atacaran a nacionales franceses y con ello Francia decidió participar efectivamente en la confrontación: envió tropas para la protección de sus nacionales, así como para la destrucción de armas pesadas y no convencionales (esto último en cumplimiento de una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas).

Empero, la participación directa de dicho ejército no se daría hasta el 9 de abril, cuando las Fuerzas pro-Gbagbo utilizaron armas no convencionales contra el hotel en el que se encontraba refugiado Ouattara. Así, a partir del otro día, empezaría los bombardeos por parte de las Fuerzas Francesas de Unicornio y las FRCI (argumentando la intervención para la destrucción de las armas), lo que implicaría un desbalance entre las fuerzas de los combatientes y la inminente derrota del ejército seguidor de Gbagbo.

De esta manera, fue el ejército francés y los cascos azules quienes bombardearon el 11 de abril la Residencia Presidencial, derrotaron a los últimos combatientes y sacaron a Laurent Gbagbo del bunker donde se escondía. Sólo

hasta ese momento Gbagbo aceptó la derrota, y después de 13 horas de negociación, decidió entregarse junto con su familia.

Con esto Alassane Ouattara tomaría por fin el poder y fungiría a partir de ese momento como Presidente de Costa de Marfil. Aquellos funcionarios que antes le fueron fieles a Gbagbo, desde el momento de su captura, se pondrían a las órdenes del nuevo presidente, tal fue el caso de Philippe Mangou (Jefe de Estado Mayor), el General Edouard Kassaraté (Comandante Superior de la Guardia Civil) y Brindou M'Bia (el Director General de la Policía) (Thonnyen, 2012, p. 689).

De esta forma acabaría un conflicto bélico que dejó más de 2000 personas muertas y múltiples víctimas de violaciones a derechos humanos que hasta el día de hoy no han sido ni investigadas, ni sancionadas. Dejando en el aire marfileño un sabor a impunidad, dado que los pocos procesos judiciales en curso son en contra de la parte derrotada y ninguno corre en contra de la parte vencedora, a quienes se les atribuye por lo menos un saldo de 700 personas asesinadas (Thonnyen, 2012, p. 719).

## **Modelo Núremberg**

Como ya se mencionó, Danilo Zolo creó este modelo -basado en el Tribunal de Núremberg- para establecer una serie de elementos que le eran atribuíbles a la justicia penal internacional, y a partir de las cuales se podría genera una crítica respecto de la misma.

El primero de estos elementos indentificables en la justicia penal internacional es la violación a derechos subjetivos. Al respecto, Zolo arguye que los dos principales derechos que se vulneran con el Derecho Penal Internacional son el derecho de igualdad y el de legalidad. El primero se viola debido a que la mayoría de sujetos procesados por el DPI son escogidos con base en criterios arbitrarios v.gr. rango militar, financiero o político. Por otra parte, el segundo se viola porque las personas procesadas por el DPI suelen ser juzgadas con base en normas o estatutos no existentes en el momento de la ocurrencia de los hechos, y por tribunales creados con fecha posterior a la perpetración de los crímenes.

El segundo de los elementos mencionados es la aplicación de una justicia de los vencedores. Este es el elemento central de la crítica de Zolo y nace de la idea expuesta por el juez hindú Radhabinod Pal del Tribunal de Tokio, según la cual: “sólo la guerra perdida es un crimen internacional”. De este modo, el autor italiano argumenta que con los Tribunales de Núremberg y Tokio se aplicó una justicia donde sólo la parte vencida merecía ser juzgada, a pesar de que la parte vencedora también cometió varios actos inhumanos (sobre todo el uso de bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki).

A igual conclusión arribaron otros autores, menciona Zolo, como Hannah Arendt, Bert Roling y Hans Kelsen. Sobre lo concluido por Roling, se comenta que dicho miembro del Tribunal de Tokio sostenía que la finalidad de estos tribunales no era impartir justicia, sino que habían sido utilizados por los vencedores para hacer propaganda y ocultar sus propios crímenes (Zolo & Bossi, 2007, p. 160).

Similar fue la conclusión de Kelsen, según el cual lo ocurrido en Núremberg no podría convertirse en antecedente ya que con esto al finalizar cada guerra “los gobiernos de los Estados victoriosos podrían someter a proceso a los miembros de los gobiernos de los Estados vencidos, por haber cometido crímenes definidos como tales por los vencedores, unilateralmente y con fuerza retroactiva” (Zolo & Bossi, 2007, p. 161).

El tercero y último elemento es la mezcla de la justicia con la política. Sobre esto, Zolo alega que el DPI es un derecho fuertemente politizado, donde influyen de manera preponderante las grandes potencias del derecho internacional. Por esto, el DPI es una herramienta que está al servicio de los países poderosos para imponer un modelo de justicia que les convenga.

Esto halla explicación en el paradigma sociológico de las *teorías conflictivas*. Sobre ello, Dahrendorf considera que el origen estructural del conflicto está dado por las relaciones de dominación, en cuanto se establecen diferentes grupos de organización social y allí se distribuye la autoridad (Dahrendorf, 1958). De modo que el sistema jurídico penal, mucho más el internacional, se entiende como una expresión de los intereses de quien detenta el poder y que existe en el sentido de influir en los procesos de criminalización.

## **Modelo de Núremberg repetido en el Caso de Costa de Marfil**

Tal como se dijo al principio, la hipótesis del presente ensayo es que el caso de Costa de Marfil se adecúa perfectamente al Modelo de Núremberg. Esta afirmación encuentra sustento en que la CPI en dicho caso ha investigado sin competencia, vulnerando los derechos de los investigados, pues se ha violado el principio de legalidad. Igualmente, funge como argumento el hecho de que en tal caso sólo se esté investigando a Laurent Gbagbo y a su esposa, como miembros de la parte vencida, sin haber hasta el momento investigación alguna respecto al actuar de la contraparte.

Finalmente, tal hipótesis se encuentra sustentada en el actuar de Francia durante las distintas guerras en territorio marfileño, así como en su posición de miembro permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, organismo que tiene especial influencia en la CPI. A continuación, se desarrollarán de manera más adecuada estos argumentos.

### **Vulneración al principio de legalidad**

El artículo 21 del Estatuto de Roma establece que la fuente primaria de derecho para la CPI será el mismo Estatuto, así como los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. De esta suerte que, para poder determinar si se violó el principio de legalidad en el caso marfileño, hay que acudir al propio Estatuto en lo relacionado a la competencia de la CPI (Huertas Díaz, O. 2018, p. 38).

Al respecto, se observa que el párrafo 2 del artículo 11 de dicha normatividad señala que la CPI sólo podrá ejercer competencia respecto a los países que hayan suscrito el Estatuto de Roma y únicamente por los delitos cometidos posteriormente a la suscripción del tratado. Empero, el mismo estatuto establece una excepción a esta regla, contenida en el artículo 12 párrafo 3 y versa sobre la posibilidad de conocer de los delitos ocurridos en países que no hayan suscrito el Estatuto si el Estado manifiesta, mediante declaración depositada ante el Secretario de la CPI, que permite a la CPI ejercer competencia sobre los crímenes que dicha prerrogativa trate.

Así las cosas, se entendería en primer momento que la CPI tiene competencia para investigar y juzgar los crímenes acaecidos en Costa de Marfil a partir de la fecha en que este país ratificó el Estatuto de Roma, que fue el 15 de febrero de 2013. Sin embargo, se sabe que Costa de Marfil autorizó a la CPI para investigar los hechos ocurridos en este país el 03 de mayo de 2011, lo que implica que los crímenes investigados por la CPI deben haber ocurrido a partir del 04 de mayo del 2011 y no antes.

A pesar de esto, el fiscal de la CPI comenzó su investigación en octubre de 2011, autorizado por la sala de Cuestiones Preliminares III, sobre los hechos ocurridos desde el 28 de noviembre de 2010 en territorio marfileño. Aunque esto es suficiente para alegar la violación al principio de legalidad, la misma Sala de Cuestiones Preliminares decidió extender la competencia de investigación para los hechos cometidos a partir del 19 de septiembre de 2002.

Todo lo anterior es una muestra clara e indiscutible de que la CPI está violando el principio de legalidad y con ello vulnerando los derechos que tienen Laurent Gbagbo y su esposa a ser juzgados por un tribunal que tuviera competencia al momento en que ellos, si así fue, cometieron delitos. Con esta violación se evidencia la presencia del primer elemento del Modelo de Núremberg en el caso de Costa de Marfil.

## **Justicia de los Vencedores**

Este es el elemento, de los tres que conforman al Modelo de Núremberg, que más claro se evidencia en el caso de Costa de Marfil. Como se relató en la historia del conflicto armado marfileño, dichas confrontaciones tienen origen por razones políticas, debido al impedimento que tenían las personas con padres no marfileños de aspirar a la presidencia del país.

En el desarrollo de ambas guerras civiles hubo un enorme número de víctimas mortales, así como de actos inhumanos. Empero, por estos actos únicamente están siendo juzgados Laurent Gbagbo y su esposa Simone Gbagbo. Con esto se están desconociendo todos los crímenes que pudieron haber cometido personas como Guillaume Soro (líder del MPC), Alassane Ouattara o los altos miembros del gobierno francés que intervino activamente en las confrontaciones.

De esta manera, la CPI está imponiendo una justicia de los vencedores, dado que únicamente investigará y juzgará los hechos cometidos por el saliente presidente Gbagbo y su esposa. Así, ignorará por completo los posibles delitos que han cometido los integrantes del grupo vencedor.

En el caso de los grupos armados que luchaban contra el ex-presidente, la CPI ignorará los hechos ocurridos los días en que se tomaron las ciudades de Bondoukou, Tanda, Agnibilékro, Akoupé, Yamoussoukro y Abidjan, pero sobre todo apartará la vista de las muertes provocadas por los FRCI en la masacre de Duékoué, que -como ya se mencionó- dejó más de 800 vidas perdidas.

Por otro lado, la CPI dejará de investigar los delitos cometidos por los militares franceses. Al respecto, ya se reseñó que los miembros del ejército francés pudieron haber cometido varios crímenes, puesto que dotaron de armamento a los grupos insurgentes en el año 2002. Igualmente, en el año 2004 se tiene noticias del ataque de militares franceses a la población civil marfileña. Además de esto, no se puede olvidar el bombardeo indiscriminado que ejecutó Francia en la ciudad de Abidjan a partir del 10 de abril del 2011.

Con todo lo anterior, es claro que la CPI está imponiendo una justicia de vencedores en el caso de Costa de Marfil, máxime teniendo en cuenta que ya han pasado 5 años desde la apertura de investigación en el país y hasta el momento sólo se encuentran abiertos los casos de Laurent Gbagbo y Simone Gbagbo. Así, se puede evidenciar la presencia del segundo elemento del “Modelo de Núremberg” en el caso marfileño.

En los términos de Radhabinod Pal, la definición del crimen de parte de los vencedores, borra el asesinato sumario de los vencidos en una guerra, y en últimas el juicio solo se trata de un empleo falso de un proceso legal para la satisfacción de la venganza (McNelly, 1973). En efecto, de forma desigual e injusta se crean modelos de justicia que enaltecen cierta clase de víctimas e ignoran otras, que corresponden en general a las vencidas.

### **Politización de la justicia**

Finalmente, el tercer elemento del modelo propuesto por Zolo se puede constatar en la participación continua de Francia en la guerra marfileña y la

influencia de este país en el actuar del Consejo de Seguridad, así como en el poderío que tiene este órgano en el actuar de la CPI.

Es bien sabido que Francia es un miembro permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con lo cual tiene un poder enorme en el ámbito internacional. Esto no le es ajeno a la CPI, dado que el Consejo de Seguridad tiene gran influencia en el actuar de este organismo, pues tiene ciertas facultades que solamente se le atribuyen a este órgano de la ONU.

Ejemplo de ello es la capacidad que tiene la CPI de investigar y juzgar los hechos ocurridos en cualquier país, haya o no haya ratificado el Estatuto de Roma, si el Consejo de Seguridad remite el caso.

Si bien esto no es suficiente para demostrar la politización de la justicia en el caso marfileño, es menester recordar que varios autores sostienen que Francia siempre tuvo un interés en derrocar a Gbagbo como presidente de Costa de Marfil (Rosado Fuentes, 2012). Por esta razón intervino en el conflicto de dicho país, lo cual demostraría que hay un interés político en el actuar de un organismo que hasta el momento se está encargando de juzgar a la persona que el gobierno francés quería sacar del poder.

Esta politización se ve reforzada en el hecho de que Francia podría intervenir en el actuar de la CPI para que no se juzguen a sus nacionales franceses que pudieron haber cometido delitos en el marco del conflicto armado marfileño. Permitiendo todo lo anterior constatar la presencia del tercer elemento del “Modelo de Núremberg”.

De acuerdo a lo revisado, uno de los factores relevantes en la situación de Costa de Marfil es la influencia e injerencia permanente de Francia. Desde la colonización e incluso después de la independencia, los gobiernos procuraban políticas que fueran favorables a la intervención de Francia en las decisiones del Estado. El término acuñado para esta alianza es la «*françafrique*», que además incluía la prevalencia de Francia sobre otros Estados para participar en la administración del país (Barrios, 2014, p. 20). La economía marfileña y esta autorización al país galo hicieron que Costa de Marfil se convirtiera en uno de los países africanos más importantes. Precisamente sobre esta política giró la contradicción que puso de presente el presidente Gbagbo.

Es importante hacer alusión a la trayectoria e ideología política de Laurent Kudu Gbagbo, ex presidente y ahora procesado ante la CPI. Se trata de un personaje de corriente socialista e independista frente a la injerencia de occidente, que en la década de los noventa presionó al gobierno de Boigny a anunciar el multipartidismo en Costa de Marfil.

En el 2002 recibió de parte de la Internacional Socialista todo el apoyo al presidente y las medidas adoptadas (Internacional Socialista, 2002). De modo que su política arraigada a la izquierda política y con la intención de resaltar a un país que había sido construido conforme a los estándares franceses, fueron los motivos que lo llevaron a tener el respaldo político de parte de la sociedad marfileña.

Paradójicamente, frente a la guerra civil entre 2002 y 2007 Gbagbo acudió al apoyo francés. Primero acudió a la Comunidad Económica de Estado de África Occidental (En adelante CEDEAO) y luego, con base en el Acuerdo de Defensa de 1961, solicitó apoyo para fortalecer la defensa del país, que en efecto se dio mediante la Resolución 1464 del 2003 del Consejo de Seguridad. Sin embargo, en el 2004 se fortalecieron los discursos anti franceses del gobierno y con un ataque a un campamento francés, la reacción internacional se dirigió a derrocar a Gbagbo como presidente.

Empero, es importante resaltar la situación en el sur del país, que estaba controlado por Gbagbo. En Costa de Marfil, las riquezas agrícolas hacen parte de las razones del conflicto, previo a la década de los noventa se mantenía un sistema agrícola de estilo feudal en el que las tierras eran heredadas de acuerdo al linaje. En la década de los noventa el sistema se transformó y muchos de los trabajadores acudieron a su libertad, dejando la tierra sin trabajar. Este proceso favoreció el ingreso de dueños extranjeros lo que hizo más tensionante la situación, en el sur del país los conflictos también se propiciaron por el aumento de esta clase de dueños frente a los nacionales (Chauveau & Richards, 2008, p. 526).

La intervención internacional no solo provino de Francia sino de Naciones Unidas a través de la ONUCI. A través de este cuerpo internacional se señaló la realización de una injerencia humanitaria y armada, esta última respaldada por la Fuerza francesa y militares marfileños. Si bien los postulados de la Organización eran vigilar el desarme, restablecer la paz y procurar la protección

de civiles, el mayor efecto de su intromisión fue respecto de la fuerza. Gracias a esta, se logró el derrocamiento del gobierno marfileño y la institucionalización de la democracia. Como, es más o menos lógico, lo hecho por las fuerzas internacionales fue parcializado y sectorizado. Se ha cuestionado la incapacidad para prevenir masacres como la de Duékoué.

Toda la intervención internacional ha sido cuestionada por lo anterior y por ser calificada como un proceso de neo colonización. Durante el conflicto hubo un proceso de soberanía compartida en el que el lenguaje y discursos de democracia y mantenimiento de paz eran máscaras frente a la realidad del poder y la dominación (Piccolino, 2012, p. 4). De hecho, es importante destacar que producto de todas las injerencias internacionales se institucionalizó la democracia, lo que en sí mismo puede no parecer cuestionable, sin embargo, devela la falta de independencia y autonomía del Estado Marfileño.

En efecto la modificación hecha por Gbagbo para las elecciones, basándose en el concepto de *ivorité*, para impedir la presentación a las elecciones de Ottaura, puede ser vista desde una doble perspectiva. Por un lado como una forma extrema de nacionalidad que derivó en conflicto y de otro lado, como el medio para impedir la llegada al poder de quien había sido miembro del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, a fin de evitar un proceso de neocolonización francesa. China por su parte reclamó que la ONUCI actuara bajo el principio de neutralidad y no se convirtiera en otro actor del conflicto (Bellamy & Williams, 2011, p. 835).

Con el conflicto armado se presentó una crisis económica en Costa de Marfil. La producción de algodón disminuyó por la huida de los trabajadores burkinos y la implosión interna frente al modelo económico impuesto desde la década de los setenta.

Inicialmente se había propuesto una política de orientación exterior que permitiera hacer de Costa de Marfil un país competitivo en el contexto internacional. Sin embargo, el alto costo de importaciones para la infraestructura, el estilo de consumo de estándares europeos por parte de la burguesía y clase media y las desigualdades sociales hicieron que proliferara el clientelismo y el desequilibrio financiero (Bidaurratzaga et al., 2011, p. 42).

El modelo económico y los beneficios que se reducían a Francia fueron unos de los factores que derivaron en la intervención y derrocamiento de Gbagbo. Se ha referido que el conflicto estaba mediado por los intereses del liberalismo y la globalización frente al mercado nacional. Algunos líderes, como Mamadou Koulibay, consideraban a Gbagbo como el líder que tenía la intención de finalizar el proteccionismo colonial e introducir al país de manera independiente al mercado, aunque fuera socialista (Bidaurratzaga et al., 2011, p. 11).

En el marco de las dificultades, es importante resaltar el problema de los jóvenes en Costa de Marfil. Esta población, además de haber participado activamente en el conflicto, es una de carácter fluctuante y sin muchas perspectivas a futuro. Costa de Marfil produce el 70% de cacao del mundo y los productores son niños agricultores. Luego del conflicto se ha denunciado por diferentes organizaciones, la explotación a la que están sometidos los niños. Por ejemplo, se firmó el protocolo Harkin-Engel en 2001 en Estados Unidos, donde se llamaba a la eliminación de trabajo infantil, aunque no era obligatorio su cumplimiento. El 40 % de la población infantil trabaja en la explotación de cacao que es aprovechada por Estados Unidos y Europa como los mayores distribuidores de chocolate, solo que a diferencia de los vendedores que obtienen el 44% de ganancias de la venta, los agricultores reciben entre el 6 y el 7% («Pobreza, cacao y niños con machete en Costa de Marfil - La tierra esclava», s. f.).

Estados Unidos además de intervenir para favorecer la industria del chocolate, también lo hace por la de producción alimenticia: Archer Daniels Midland y Cargill, multinacionales dedicadas a la industria de alimentos y carnes que tienen sus mayores inversiones en el territorio marfileño («Costa de Marfil - Relaciones con Estados Unidos», s. f.).

Estas empresas en Costa de Marfil se encuentran controladas por las élites económicas del país y se encuentran relacionadas con los grupos en el poder. Hecho que además de constatarse con las políticas favorables al establecimiento de industrias estadounidenses y francesas se verifica con la percepción de la corrupción en el país, que para 2017 entre 180 se encuentra en el puesto 103 con un puntaje de 37 frente a 89 (Anexo1) que obtuvo Nueva Zelanda como uno de los países con menor corrupción.

Frente a los grupos con poder económico, político y militar se encuentra la población en situación de pobreza en Costa de Marfil. En el 2015 el 46% de la población marfileña vivía bajo condiciones de pobreza.

La intervención internacional denotó la incoherencia de la comunidad internacional en su discurso frente a la protección de la soberanía. Una de las discusiones del presidente Gbagbo fue por la crítica hecha por Naciones Unidas a la Constitución marfileña y la imposición del derecho internacional como uno de categoría superior, frente al hecho de que a otros Estados (potencias) se les respetaba el derecho interno frente a cualquier interferencia legal de la comunidad internacional. La labor de la Unión Africana tampoco resultó eficiente, tanto que la aplicación del principio de *los problemas de África los resuelve África*, demostró que solo permitía actuar con indiferencia frente a las atrocidades que ocurrían en Costa de Marfil (Apuuli, 2012).

Así mismo se develó la ineficacia del derecho internacional tanto para la prevención de atrocidades como para la imposición de sanciones. Previo a la intromisión del derecho penal internacional, Naciones Unidas emitió resoluciones en las que sancionaba el comportamiento del Estado y de algunos de sus miembros. Sin embargo, no lo hizo respecto de aquellos que bloquearon el proceso de paz y para confirmar todo el carácter político de las instituciones internacionales, se intentó sancionar a Mamadou Kouli y Pascal Affi N'guessa, que habían sido Primeros Ministros del régimen de Gbagbo, pero no se produjo ninguna sanción en razón de la oposición de Rusia y China (Piccolino, 2012, p. 17), miembros del Consejo de Seguridad.

## Conclusión

En conclusión, se puede observar claramente la presencia de los tres elementos, del modelo de justicia penal internacional que Danilo Zolo ha llamado como “Modelo Núremberg”, en el caso de Costa de Marfil. La creación de tal modelo tiene como meta la aglomeración de tres fallos enormes, que casi siempre le serán atribuibles a los casos juzgados por el DPI, en un solo caso ejemplar con el cual se podrán comparar los demás procesos.

Según Zolo los elementos que conforman este modelo son la vulneración de derechos subjetivos de los investigados, la presencia de una justicia de los

vencedores y la politización de la justicia penal internacional. Estos elementos se constatan en el caso marfileño porque:

1) se violó el principio de legalidad y con ello el derecho que tenían Laurent y Simone Gbagbo a ser juzgados por un tribunal competente y previamente establecido, esto debido a que Costa de Marfil no había suscrito el Estatuto de Roma cuando los hechos, por los que estas personas están siendo investigados, fueron cometidos; 2) se está aplicando una justicia de vencedores porque se está investigando y juzgando únicamente a la parte vencida, aun cuando la parte vencedora también cometió varios crímenes que son competencia de la CPI; y 3) hay una politización de la justicia porque Francia está utilizando a la CPI para que no se investiguen los posibles crímenes que cometieron sus nacionales, y también la hay porque Francia tiene interés en el juicio de Gbagbo por parte de la CPI.

## Referencias bibliográficas

- Apuuli, K. (2012). The African Union's notion of 'African solutions to African problems' and the crises in Côte d'Ivoire (2010–2011) and Libya (2011). *African Journal on Conflict Resolution*, 12(2), 135-160.
- Barbeito Thonon, C., Caramés Boada, A., & García Amado, P. (2008, julio). Côte d'Ivoire: retos y cuestiones pendientes un año después de Ouagadougou. *QUADERNS DE CONSTRUCCIÓ DE PAU*, 5, 48.
- Barrios, J. A. (2014). *Análisis del rol de la ONUCI en la Crisis Política de Costa de Marfil. Periodo 2010-2011*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.
- Bellamy, A. J., & Williams, P. D. (2011). The new politics of protection? Côte d'Ivoire, Libya and the responsibility to protect. *International Affairs*, 87(4), 825-850. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2346.2011.01006.x>
- Bidaurratzaga, E., Cramer, C., Freund, B., Lahiff, E., Lawrence, P., Oya, C., ... Weeks, J. (2011). *Economía política del desarrollo en África*. Ediciones AKAL.
- Chauveau, J.-P., & Richards, P. (2008). West African Insurgencies in Agrarian Perspective: Côte d'Ivoire and Sierra Leone Compared. *Journal of Agrarian Change*, 8(4), 515-552. <https://doi.org/10.1111/j.1471-0366.2008.00179.x>
- Costa de Marfil - Relaciones con Estados Unidos. (s. f.). Recuperado 2 de

- mayo de 2018, de <https://www.globalsecurity.org/military/world/africa/iv-forrel-us.htm>
- Dahrendorf, R. (1958). Toward a Theory of Social Conflict. *The Journal of Conflict Resolution*, 2(2), 170-183. Recuperado de JSTOR.
- Francis, D. J. (Ed.). (2005). *Civil militia: Africa's intractable security menace?* Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT: Ashgate.
- García Amado, P. (2008). EL PROCESO DE PAZ EN CÔTE D'IVOIRE: DIFICULTADES Y PERSPECTIVAS A FUTURO. *Escola de Cultura de Pau*, 12.
- Huertas Díaz, O. (2018). *Principio de legalidad penal y justicia trasicional en Colombia - Legalidad estricta o legalidad flexible*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Internacional Socialista. (2002). *Políticas Progresistas Para un Mundo Más Justo*. Recuperado de Internacional Socialista website: <http://www.internacionalsocialista.org/viewArticle.cfm?ArticleID=245>
- Jurado, Á. (2014, abril 23). Tres años después de Duékoué (1). *El País*. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2014/04/23/africa\\_no\\_es\\_un\\_pais/1398243461\\_139824.html](https://elpais.com/elpais/2014/04/23/africa_no_es_un_pais/1398243461_139824.html)
- Keith Campbell, C. (2010). *The Discursive Construction of the Ivorian Nation in the Period of Ivoirité* (Doctoral). University of Pittsburgh, Estados Unidos.
- McNelly, T. (1973). Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial. By Richard H. Minear. (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1971. Pp. 229. \$7.95.). *American Political Science Review*, 67(2), 721-722. <https://doi.org/10.2307/1958898>
- Piccolino, G. (2012). DAVID AGAINST GOLIATH IN CÔTE D'IVOIRE? LAURENT GBAGBO'S WAR AGAINST GLOBAL GOVERNANCE. *African Affairs*, 111(442), 1-23.
- Pobreza, cacao y niños con machete en Costa de Marfil - La tierra esclava. (s. f.). Recuperado 1 de mayo de 2018, de <https://latierraesclava.eldiario.es/cacao/>
- Rosado Fuentes, J. A. (2012). COSTA DE MARFIL, PIEZA CLAVE DEL ÁFRICA OCCIDENTAL. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 20.
- Thonnyen, J. J. (2012). *El Conflicto Armado de Costa de Marfil: el Proceso de Paz (2002-2008) y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario* (Doctoral). UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA Instituto Universitario "General Gutiérrez Mellado", Madrid, España.

Zolo, D., & Bossi, E. (2007). *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. En *Estructuras y procesos Derecho*. Madrid: Trotta.





